الدفوع الشكلية بين الشريعة
وقانون أصول المحاكمات المدنية

إعداد
رائد علي محمد الكردي

المشرف
الأستاذ الدكتور عبد المجيد الصلاحين

قدمت هذه الأطروحة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الدكتوراة في
القضاء الشرعي

كلية الدراسات العليا

الجامعة الأردنية

أيار ٢٠٠٦


بسم الله الرحمن الرحيم

قرار لجنة المناقشـــــــــــــــــة

نوقشت هذه الأطروحة (الدفوع الشكلية بين الشريعة وقانون أصول المحاكمات المدنية) وأجيزت بتاريخ ٢٠٠٦/٥/١٦م

أعضاء اللجنة		التوقيع
الأستاذ الدكتور عبد المجيد محمود الصلاحين أستاذ الفقه المقارن	مشرفا ورئيسا	
الدكتور إسماعيل محمد البريشي أستاذ مساعد الفقه وأصوله	عضوا	
الدكتور زكريا محمد القضاة أستاذ مشارك الفقه المقارن	عضوا	
الأستاذ الدكتور أحمد العوضي أستاذ الفقه المقارن (جامعة مؤتة)	عضوا	

الإهداء

أهدي عملي هذا إلى روح أبي -رحمه الله-، وأسكنه فسيح جناته ... وإلى أمي حبيبتي، سائلا الله عز وجل أن يبارك لها في عمرها، وصحتها، وأن يعينني على برّها، وأن يرزقني رضاها ... والإهداء كله إلى من كان سببا في دراستي، وتفقهي في دين الله العظيم...وإلى إخوتي جميعاً أزجي لهم إهدائي.

الشكر والتقدير

أشكر الله عز وجل على اتمامي هذه الدراسة، كما وأتقدم بالشكر لأستاذي الفاضل، الأستاذ الدكتور عبد المجيد الصلاحين، الذي كان خير موجه ومعلم لي، فأسبغ علي من معين علمه، وأعانني بعون من الله على أن أكمل عملي هذا، سائلا الله عز وجل أن يجعل تعبه، وتوجيهه لي في ميزان حسناته، وأشكر من أعماق قلبي أستاذي الفاضل الأستاذ الدكتور محمد نعيم ياسين معلمي وقدوتي، كما وأتقدم بجزيل الشكر إلى الأساتذة الأفاضل أعضاء لجنة المناقشة الذين تفضلوا بقبول مناقشة الأطروحة، وأشكر كل من مدّ يد العون لي وأخص بالذكر الدكتور عماد زيادات والأخ الصديق والحبيب "محمد علي" أبو قاعود الذي وهبني الكثير من وقته وجهده لمساعدتي.

فهرس المحتويات

الدفوع الشكلية بين الشريعة وقانون أصول المحاكمات المدنية

إعداد
رائد علي محمد الكردي

المشرف
الأستاذ الدكتور عبد المجيد الصلاحين

ملخص

تتناول الأطروحة موضوع الدفوع الشكلية في الشريعة، وقانون أصول المحاكمات المدنية، لذلك كان لا بد من بيان المقصود بالدفع لغة واصطلاحا، وهذا ما تناولته الدراسة في الفصل الأول، أما الفصل الثاني فكان الحديث فيه عن أنواع الدفوع، وأحكامها في الفقه الإسلامي، وفي قانون أصول المحاكمات المدنية، وتبين أن للدفع نوعين في الفقه الإسلامي، هما : الدفع بعدم الخصومة، والدفع الموضوعي، وللدفع في القانون ثلاثة أنواع، هي : الدفع الموضوعي، والدفع بعدم القبول، والدفع الشكلي، وهذا الأخير لم يرد في كتب الفقه الإسلامي بهذا الاسم، لذلك كان لا بد من بيان أنواعه، وأحكامه في القانون، ثم مقارنتها مع ما ورد من أحكام وتفصيلات للفقهاء في مجال القضاء، وأهم ما اتفق عليه أهل القانون من أنواع اعتبروها دفوعاً شكلية، هي : الدفع بعدم الاختصاص، والدفع بالإحالة، والدفع بالبطلان، أما الدفع بعدم الاختصاص فقد تناولته الدراسة في الفصل الثالث، وبعد عرض ما هو موجود في القانون من أقسام لهذا النوع من الدفوع تبين أن ما هو موجود في الفقه الإسلامي لا يقل عن ما هو موجود في القانون، وأما الدفع بالإحالة فتناولته الدراسة في الفصل الرابع، وتبين أن هناك نصوصاً للفقهاء تدل على إقرار وجود هذا النوع من الدفوع الشكلية، وأما الدفع بالبطلان والذي يقصد به في القانون الدفع ببطلان صحيفة الدعوى وأوراق التكليف بالحضور، فإن نصوص الفقهاء تدل بشكل واضح على وجود مجال لمثل هذا الدفع في الفقه الإسلامي.

المقدمة

الحمد لله حمدا كثيرا طيبا مباركا فيه، ربي لك الحمد كما ينبغي لجلال وجهك وعظيم سلطانك، وأصلي وأسلم وأبارك على أشرف الخلق والمرسلين سيدنا وحبيبنا محمد صلى الله عليه وسلم، وأسأل الله عز وجل في هذا المقام أن ينصر نبينا الحبيب، وأن يعيننا على نصرته والتمسك بسنته، و بعد :

فيقول الله عز وجل : ﴿يَا دَاوُدُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ فَاحْكُمْ بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ وَلَا تَتَّبِعِ الْهَوَى فَيُضِلَّكَ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ إِنَّ الَّذِينَ يَضِلُّونَ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ لَهُمْ عَذَابٌ شَدِيدٌ بِمَا نَسُوا يَوْمَ الْحِسَابِ﴾ (ص: الآية ٢٦).

تدل هذه الآية الكريمة على وجوب الحكم بين الناس بالعدل والإنصاف، وعدم جواز إيثار الهوى في القضاء بالحق والعدل، ومن آثر هواه فسوف يميل عن طريق الله الذي جعله لعباده الصالحين، ومن مال عن طريق الله فله عذاب شديد [١].

وروي عن علي –رضي الله عنه– قال : بعثني رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى اليمن قاضيا، فقلت يا رسول الله ترسلني وأنا حديث السن، ولا علم لي بالقضاء ؟ فقال :" إن الله جل ثناؤه سيهدي قلبك و يثبت لسانك، فإذا جلس بين يديك الخصمان، فلا تقضينّ حتى تسمع من الآخر كما سمعت من الأول، فإنه أحرى أن يتبين لك القضاء"، قال : فما زلت قاضياً، أو ما شككت في قضاء بعد [٢].

---

(١) انظر: الطبري، أبو جعفر محمد بن جرير، جامع البيان عن تأويل آي القرآن، هذبه وقرّبه صلاح عبد الفتاح الخالدي، وخرّج أحاديثه إبراهيم محمد العلي، دار القلم، دمشق، الشامية، بيروت، ط١ ١٤١٨ هـ، ١٩٩٧م، ٣٩٩/٦.

(٢) النسائي، أبو عبدالرحمن بن شعيب، السنن الكبرى، تحقيق عبدالقادر سليمان البنداري وسيد كسروي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٤١١ه، ١٩٩١م، كتاب الخصائص، ذكر قول النبي صلى الله عليه وسلم لعلي إن الله سيهدي قلبك ويثبت لسانك، ١١٦/٥، أبو داود، سليمان بن الأشعث السجستاني الأزدي ت٢٧٥ه، دار الفكر، سنن أبي داود، كتاب الأقضية، باب كيف القضاء، ٣٠١/٣، البيهقي، أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي ت٤٥٨ه السنن الكبرى، تحقيق محمد عبدالقادر عطا،دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٤١٤ه، ١٩٩٤م، كتاب آداب القاضي، باب القاضي لا يقبل شهادة الشاهد إلا بمحضر من الخصم المشهود عليه ولا يقضي على الغائب،١٤٠/١٠، ابن حنبل، أحمد ت٢٤١ه، مسند الإمام أحمد، حققه وخرج أحاديثه شعيب الأرنؤوط وعادل مرشد، مؤسسة الرسالة، ط١، ١٤٢٠ه، ١٩٩٩م، ٨٣/٣، ابن-

يدل قوله عليه الصلاة والسلام :" فلا تقضينّ حتى تسمع من الآخر كما سمعت من الأول" على أن القاضي مأمور أن لا يصدر حكماً في دعوى حتى يسمع من المدعي والمدعى عليه، فقد يقر المدعى عليه بالدعوى، وبالتالي تثبت الدعوى، وقد ينكر، فيكلف المدعي بإثبات دعواه، و قد لا يقر ولاينكر، وإنما يدعي أمراً يحاول به إبطال دعوى المدعي، أو تأجيل الحكم في هذه الدعوى، و دعوى المدعى عليه في هذا المقام يطلق عليها مصطلح" الدفع" وهذا الدفع قد يكون موجهاً إلى ذات الحق المدعى به، و قد يكون موجهاً إلى حق المدعي في رفع دعواه، وقد يكون موجهاً إلى الإجراءات التي يتبعها المدعي في رفع دعواه، فإذا كان الدفع موجهاً إلى الإجراءات، فإنه يكون دفعاً شكلياً، وهذا ما ستتناوله الدراسة بالتفصيل.

مشكلة الدراسة :

تتناول الدراسة موضوع الدفوع الشكلية، وأحكامها في الفقه الإسلامي مقارنة بقانون أصول المحاكمات المدنية الذي تطرق إلى هذه الدفوع بشكل مفصل، ووضع لها أحكاما، في حين كانت قليلة الذكر في الفقه، بل نكاد نجزم بعدم وجودها بهذا الاسم في كتب الفقه الإسلامي، لذا كان لا بد من مقارنة هذه الموجودة في القانون بالفقه، وبيان مدى اتفاق واختلاف هذه الإجراءات القانونية مع الفقه، هذا وتكمن مشكلة الدراسة في الأمور الآتية :

أولا : أن مفردات الدراسة تكاد تكون غير واضحة المعالم في الكتب الفقهية القديمة .

ثانيا : أن الكتابات الفقهية الحديثة لم تتطرق لهذا الموضوع بشكل مستقل، اللهم إلا مؤلفٌ واحدٌ، سأتطرق له عند حديثي عن الدراسات السابقة .

ثالثا : هنالك بعض الدفوع المختلف على اعتبارها دفوعاً شكلية الأمر الذي يتطلب بيان الراجح فيها .

-بلبان، علاءالدين علي الفارسي ت٧٣٩هـ، صحيح ابن حبان بترتيب ابن بلبان، حققه وخرج أحاديثه شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، ط٢، ١٤١٤هـ، ١٩٩٣م ، كتاب القضاء، ذكر أدب القاضي عند إمضائه الحكم بين الخصمين، ج١١/٤٥١، الطيالسي، سليمان بن داود أبو داود الفارسي البصري ت٢٠٤هـ، مسند الطيالسي ، دار المعرفة، بيروت، ج١ /١٦، ١٩، واللفظ للبيهقي.

أهمية الدراسة :

تكمن أهمية الدراسة في أن موضوعها وإن وجد أصله في الكتب الفقهية القديمة إلا أن وجوده لم يكن واضحا، وناضجا بالشكل القانوني الحديث، لذا يعمل هذا البحث على الدراسة المقارنة بين الدفوع الشكلية في الفقه الإسلامي، والقانون، مبينا جذور المادة القانونية في الفقه الإسلامي، وإخراجها بقالب فقهي قانوني، يجمع أطراف المادة الفقهية المتناثرة في ثنايا المؤلفات، والمصادر الفقهية القديمة .

أهداف الدراسة :

أولا : التأصيل الشرعي للدفوع الشكلية .

ثانيا : بيان أوجه الائتلاف، والاختلاف بين أحكام الدفوع الشكلية في الشريعة والقانون.

ثالثا : بيان مفهوم الدفوع الشكلية، ومدى تميزها عن باقي الدفوع .

رابعا : بيان أنواع الدفوع الشكلية المتفق، والمختلف عليها .

خامسا : بيان آثار الدفوع الشكلية .

منهجية البحث :

يقوم هذا البحث على المنهج الوصفي، والحواري (المقارن)، حيث سيقوم الباحث بتتبع مفردات المادة من المصادر الفقهية القديمة، والحديثة، ومن المؤلفات القانونية، كما سيقوم بمقارنة هذه المفردات بين الفقه والقانون، وبيان أوجه الائتلاف والاختلاف بينهما .

الدراسات السابقة:

١ – الدفوع الشكلية في الفقه الإسلامي والقانون / زياد صبحي علي ذياب / ١٩٩٤ / المكتبة الوطنية .

جاءت هذه الدراسة في تمهيد، وثلاثة مباحث، وقد تناولت في التمهيد تعريف الدفع في اللغة، والاصطلاح ، إضافة إلى أنواع الدفوع في الفقه والقانون، والعلاقة بين هذه الأنواع، وقد كان عرض الكتاب مختصرا، خاصة عند تعرضه لبعض أنواع الدفوع، مع أن بعض هذه الأنواع مختلف في ماهيته، وهذا ما لم تبينه الدراسة، وفي المبحث الأول تناولت الدراسة مفهوم الدفع الشكلي، وعلاقته بباقي الدفوع، ولهذا تطرقت إلى الأمور التالية : مفهوم الدفع الشكلي عند أهل القانون، وفي الفقه الإسلامي، وعلاقة الدفع الشكلي بغيره من الدفوع،

فأشارت إلى علاقة الدفع الشكلي بالدفع الموضوعي، وأهم ما يميز بينهما، وما يترتب على ذلك.

ثم أشارت الدراسة إلى علاقة الدفع الشكلي بالدفع بعدم القبول، فذكرت أوجه الشبه والفرق بينهما . .

وفي هذا المبحث قسمت الدراسة الدفوع الشكلية إلى أقسام متعددة تبعا لوجهة النظر في التقسيم، فقسمتها من حيث تعلقها بالنظام العام إلى قسمين وما يترتب على كل قسم، وقسمتها من حيث إنهاء الخصومة إلى قسمين، ومن حيث هدف الخصم من إثارتها إلى ثلاثة أقسام .

أما المبحث الثاني فكان في الدفوع المتفق على أنها دفوع شكلية، وهي كما ذكرت الدراسة ثلاثة أنواع من الدفوع الشكلية : الدفع بعدم الاختصاص، والدفع بالإحالة، والدفع بالبطلان .

أما الدفع بعدم الاختصاص، فقد بينت الدراسة الواقع الذي انبثقت عنه فكرة الاختصاص والدفع به ثم تحدثت عن أنواع الاختصاص بشكل موجز مركزة على أهم القواعد التي تضبطه وكانت البداية الحديث عن الاختصاص الوظيفي في القانون والفقه الإسلامي، وقانون أصول المحاكمات الشرعية الأردني، وكما ذكرت سابقا فقد كان الحديث موجزا، مع إغفال بعض الأحكام، والآثار المتعلقة بهذا النوع من الدفوع الشكلية، وهذا الإغفال والعرض الموجز ينسحب على كافة الأنواع المذكورة .

وبعد الاختصاص الوظيفي، كان الحديث عن الاختصاص المحلي (المكاني) في القانون والفقه وقانون أصول المحاكمات الشرعية ثم جاء الحديث عن الاختصاص القيمي فالاختصاص الشخصي، وأيضا كان ذلك في القانون، والفقه، وقانون أصول المحاكمات الشرعية .

وبعد الدفع بعدم الاختصاص، كان الحديث عن النوع الثاني من أنواع الدفوع الشكلية، وهو الدفع بالإحالة، وأن هذا الدفع ينقسم إلى قسمين هما : -

القسم الأول : الدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمتين .

القسم الثاني : الدفع بالإحالة لارتباط .

وفي معرض الحديث عن القسم الأول، وهو الدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمتين أشارت الدراسة إلى مضمونه، وشروطه، وقد كان ذلك أيضا بشكل موجز، مع أن بعض هذه الشروط يحتاج إلى توضيح وبيان، كما أغفلت الدراسة بعض الشروط ثم أشارت

إلى إجراءات هذا الدفع والفصل فيه، وما ذكر عن هذا القسم من وصف يمكن ذكره عن القسم الثاني، وهو الدفع بالإحالة للارتباط، فنفس ما تناولته الدراسة في القسم الأول تناولته في هذا القسم، ونفس الملاحظات يمكن إيرادها هنا .

وبعد الحديث عن الدفع بالإحالة، تناولت الدراسة الدفع بالبطلان. أما المبحث الثالث والأخير فقد تحدثت عن الدفوع المختلف على كونها دفوعاً شكلية، وهي : الدفع بعدم توفر شرط من شروط قبول الدعوى، والدفع بمرور الزمن، والدفع بكون القضية مقضية، والدفع بعدم إقامة الدعوى بموعدها القانوني، والدفع بعدم أداء الرسم القانوني.

٢ - نظرية الدعوى بين الشريعة الإسلامية وقانون المرافعات المدنية والتجارية للأستاذ الدكتور محمد نعيم ياسين، ط٢ ٢٠٠٠، دار النفائس .

تقع هذه الدراسة في تمهيد، وبابين، أما التمهيد فتناولت الدراسة فيه القضاء، وتعريف الدعوى، وبيان المواضع التي يجوز فيها استيفاء الحق بغير الدعوى .

ثم تناولت في الباب الأول عناصر الدعوى، وهي : سبب الدعوى، وركنها، وأطرافها، ومكانها، وشروطها .

وفي الباب الثاني كان الحديث عن الآثار المترتبة على رفع الدعوى، وحصر الكلام في هذا الباب في ثلاثة مواضيع، هي : نظر الدعوى، وحضور الخصوم وغيابهم، وجواب الدعوى، وفي الخاتمة تناولت الدراسة : انتهاء الدعوى .

وبالنسبة لموضوع دراستي – وهو الدفوع الشكلية – فقد تناولته الدراسة في الباب الثاني في نظر الدعوى، فقد تطرقت إلى تعريف الدفع في الفقه والقانون، وبينت عدم وجود تعريف للدفع عند الفقهاء السابقين؛ وذلك لوضوحه ولاعتباره نوعا من أنواع الدعوى ثم ذكرت أنواع الدفوع في الفقه الإسلامي وهما : الدفع الموضوعي (دفع الدعوى) ودفع الخصومة، وبعد ذلك ذكرت أنواع الدفع في القانون الوضعي وهي : الدفع الموضوعي، والدفع بعدم قبول الدعوى، والدفوع الشكلية، وكان لا بد من ذكر العلاقة بين الأنواع في الفقه الإسلامي والقانون، وهذا ما فعلته الدراسة، وهنا جاء الحديث عن الدفوع الشكلية بتفصيل أكثر، فبينت الدراسة أن هذا النوع من الدفوع – وهو الدفوع الشكلية – لم يحظ باهتمام الفقهاء المسلمين، بينما كان موضع اهتمام وبحث واسعين من قبل المشرع الوضعي، ولعل سبب ذلك هو التشدد في الإجراءات المتخذة من قبل القانون .

وقد أشارت الدراسة إلى أهم الدفوع الشكلية التي ذكرها شراح القانون وهي :

أ – الدفع بعدم اختصاص المحكمة بالنظر في الدعوى المرفوعة إليها .

ب – الدفع بطلب إحالة الدعوى على محكمة أخرى مرفوعة إليها تلك الدعوى، أو دعوى ثانية مرتبطة بها .

ج – الدفع ببطلان صحيفة الدعوى، أو غيرها من أوراق المرافعات .

د – الدفع بطلب الاطلاع على مستندات الخصم في الدعوى .

ه – الدفع بعدم أداء كامل الرسم المقرر لدفع الدعوى .

ومع أننا لا نجد لهذه الدفوع تفصيلا في كتب الفقه الإسلامي، إلا أنه يمكن استنتاج أحكامها من القواعد العامة، والفروع الفقهية التي ذكرها الفقهاء في هذا المقام، هذا ما بينته الدراسة، لذلك أعقب ذلك محاولة تقعيد هذه الأنواع من الدفوع الشكلية من ناحية فقهية إسلامية، وقد نجحت الدراسة في ذلك .

فبدأت الحديث عن الدفع بعدم الاختصاص، وبينت أن هناك أنواعا من الاختصاص تعرض لها الفقهاء ووضعوا قواعد خاصة بها، وأن هناك أنواعا لم يتعرض لها الفقهاء كالاختصاص النوعي، والقيمي، ولكن من خلال مطالعتي لهذا الموضوع تبين لي أن هذه الأنواع من الاختصاص قد تعرض لها الفقهاء سابقا، حتى تلك التي قالت الدراسة أنه لم يتعرض لها سابقا، وبعد ذلك جاء الكلام عن الدفع بإحالة الدعوى، وسبب ذلك هو :

١ – تعدد المحاكم التي تنظر في الدعوى الواحدة .

٢ – وجود ارتباط بين دعويين تنظران أمام محكمتين .

وقد علقت الدراسة على هذا الدفع بسببيه من ناحية فقهية، وإمكانية حدوث مثل هذا الدفع، ومدى اتفاقه مع الأصول العامة في التقاضي، ثم تحدثت الدراسة عن الدفع ببطلان صحيفة الدعوى، أو غيرها من أوراق المرافعات، ومدى وجود مجال لهذا النوع من الدفوع الشكلية في الفقه الإسلامي . ثم أشارت الدراسة بعد ذلك إلى الدفع بطلب ميعاد للاطلاع على مستندات الدعوى، والدفع بعدم أداء الرسم المقرر لرفع الدعوى، وما يقابل ذلك في كتب الفقه الإسلامي .

ويلاحظ أن الدراسة لم تفصل في هذه الدفوع من ناحية قانونية، وإنما جاء التفصيل منصبا عليها من ناحية فقهية إسلامية .

وبعد ذلك تناولت الدراسة أحكام الدفع بأنواعه في كل من الفقه الإسلامي، والتشريعات الوضعية في المرافعات ، فتطرقت إلى الأحكام التالية : –

١ – وقت الدفع، وهنا أبدت الدراسة الرأي في هذا الحكم .

٢ - من له حق الدفع، وقد علقت الدراسة على هذا الحكم تعليقا دل على استيعاب الموضوع بكل جوانبه .

٣-وبعد الأحكام تناولت الدراسة شروط الدفع في الفقه الإسلامي والتشريعات الوضعية .

٤-وأخيرا كان الحديث عن أثر الدفع وما ينتج عنه وأيضا كان ذلك في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي .

٣ - نظرية الدفوع للدعوى القضائية في الفقه الإسلامي " دراسة مقارنة "، محمود محجوب أبو النور، ١٩٩٩، الدار السودانية للكتب .

تقع هذه الدراسة في تمهيد، وثلاثة أبواب، أما التمهيد فقد تناولت فيه كفالة حق الدفاع في الشريعة الإسلامية . وفي الباب الأول كان الكلام على الأحكام العامة للدفع، فعرف الدفع في اللغة، والفقه، والقانون، ثم ذكرت أركان الدفع وشروط الأركان، وبعد ذلك تناولت الدراسة أحكام الدفع ، فتعرضت لمن يقبل منه الدفع، ووقت الدفع، وشروطه، وأثره .

وفي الباب الثاني تناولت الدراسة موضوع الدفع قبل الحكم، وشمل هذا الدفع بالبطلان، والدفع بالأداء، والدفع بالإبراء، ودفع الدعوى بالإخلال بالشرط، والدفع بالتقادم، والدفع بحجية الأمر المقضي فيه، والدفع بعدم الاختصاص، ولكن لم تذكر الدراسة الدفع بإحالة الدعوى مع أن هذا الدفع من الدفوع التي تبدى قبل الحكم .

كما أن هذه الدفوع التي ذكرتها الدراسة منها ما هو دفع موضوعي، ومنها ما هو دفع بعدم القبول، ومنها ما هو دفع شكلي، وهذا لم تبينه الدراسة، صحيح أنها تعرضت لأنواع الدفوع في الفقه، والقانون، وبينت بعض ما يندرج تحت هذه الأنواع من دفوع، ولكن كان من المهم بيان إلى أي نوع تتبع هذه الدفوع .

هذا وقد تناولت الدراسة أنواعا من الدفوع تثار قبل الحكم في الدعوى الجنائية، كالدفع بالجهل، أو الخطأ، والدفع بسبب من أسباب الإباحة، والدفع بمانع من موانع المسؤولية الجنائية.

وفي الباب الثالث والأخير كان الحديث عن الخطأ في الأحكام القضائية وشمل ذلك الدفع بعد الحكم وكفالة حق الدفاع، ووسائل الخطأ ورفعه في الفقه الإسلامي، والقانون، وإعادة النظر في الأحكام، ثم جاء الحديث عن الطعن في الأحكام القضائية، فتعرضت لدرجات التقاضي والطعن في الأحكام، وأسباب الطعن في الأحكام، بالنسبة للدفوع الشكلية فقد

تناولتها الدراسة عند تطرقها لأنواع الدفوع، فبينت المقصود بالدفوع الشكلية، والفرق بينها وبين الدفوع الموضوعية، وكما ذكرت سابقا تناولت بعض أنواع الدفوع الشكلية عند الحديث عن الدفوع التي تبدي قبل الحكم، ولكن دون ذكر إشارة إلى أن هذه الدفوع التي تثار قبل الحكم بعضها من الدفوع الشكلية .

٤ - نظرية الدفوع في قانون المرافعات / أحمد أبو الوفا، الطبعة الأولى ١٩٥٤، دار المعارف .

جاءت هذه الدراسة في ثلاثة أقسام، وقد سبق الأقسام الثلاثة تقدمة تناولت تعريف الدفع بمفهومه العام والخاص، وأنواع الدفع، وهي الدفع الموضوعي، والدفع الشكلي، والدفع بعدم القبول، وبعض الدفوع المختلف فيها .

أما القسم الأول فقد جاء في الدفوع الشكلية، والثاني في الطلبات التي في صورة الدفوع الشكلية، والقسم الثالث في الدفع بعدم القبول .

وما يهمنا من هذه الأقسام هو القسم الأول الذي تناول الدفوع الشكلية، وقد بدأت الدراسة هذا القسم بكلام عن إجراءات الخصومة مبينة أنها لا علاقة لها بأصل الحق المدعى به، والوقت الذي يجوز فيه إبداء الدفع، والفصل فيه، والحكم الصادر فيه، ثم ترتيب الدفوع الشكلية، بعد ذلك قسمت الدراسة هذا القسم إلى ثلاثة أبواب، في كل باب ذكرت نوعا من أنواع الدفوع الشكلية، ففي الباب الأول كان الكلام على النوع الأول من أنواع الدفوع الشكلية وهو الدفع بعدم الاختصاص وفي الباب الثاني الدفع بالإحالة، وفي الباب الثالث الدفع ببطلان أوراق التكليف بالحضور .

بالنسبة للنوع الأول وهو الدفع بعدم الاختصاص، فقد تناولت الدراسة الأمور التالية : التعريف به، وعلة تعدد محاكم الطبقة، وعلة تعدد جهات القضاء وعلة تعدد طبقات المحاكم، والفصل في الدفع، وحجية الحكم الصادر في الدفع، وحجية الحكم الصادر في الموضوع من محكمة غير مختصة، والطعن في الحكم الصادر في الدفع، والحكم الصادر برفض الدفع، وختم الكلام في هذا الباب ببعض الملاحظات بصدد هذا النوع من الدفوع الشكلية .

أما النوع الثاني من الدفوع الشكلية وهو الدفع بالإحالة، فقد تناولت الدراسة الأمور التالية : التعريف به، وذكر حالاته، وهما الدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمتين، والدفع بالإحالة للإرتباط، أما الدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمتين فتعرضت الدراسة لما يلي : أمثلة له، شروط إبداء الدفع، وأحكام هذا الدفع، ومن هذه الأحكام مدى تعلق الدفع

بالإحالة بالنظام العام، وإجراءات الفصل في الدفع، والحكم فيه، والطعن في الحكم الصادر في الدفع .

وبالنسبة للحالة الثانية، وهي الدفع بالإحالة للإرتباط، فقد جاء الكلام عن الآتي : التعريف بالإرتباط، شروط الدفع بالإحالة للإرتباط .

وطلب الضم، والإحالة، وقواعد الاختصاص المحلي، إضافة إلى بعض الأحكام المتعلقة بهذا النوع من الدفوع الشكلية، ومن هذه الأحكام : الوقت الذي يجوز فيه إبداء هذا الدفع، ووقت نشوء الحق في الإدلاء بالدفع بعد التكلم في الموضوع، وإجراءات الدفع بالإحالة، والحكم بالإحالة بالطعن فيه، ومدى تعلق هذا الدفع بالنظام العام .

أما النوع الثالث من الدفوع الشكلية وهو الدفع ببطلان أوراق التكليف بالحضور، فأهم الأمور التي تناولتها الدراسة في هذا النوع هي :

دقة دراسة البطلان، وشكل ورقة التكليف بالحضور وإعلانها، فذكرت وصف الورقة، وتحريرها، والبيانات التي يتعين أن تتوافر في أوراق التكليف بالحضور، وبيانات صحيفة الدعوى، والتاريخ والبيانات المتعلقة بطالب الإعلان، وصفة المعلن، وتعدد المدعين والبيانات المتعلقة بالمعلن إليه، وموضوع الدعوى، ومطلوب المدعي فيها، وأسانيده، وإعلان أوراق التكليف بالحضور من حيث كيفية امتناع المحضر عن الإعلان إلى غير ذلك من الأمور المتعلقة بهذا الموضوع .

وبعد ذلك كله جاء الحديث عن بطلان أوراق التكليف بالحضور من حيث المذاهب المختلفة في البطلان، نظرية البطلان في القانون الجديد، التخفيف من جزاء البطلان، وبعض الملاحظات على الأمور السابقة .

ثم الحديث عن كيفية التمسك بالبطلان، والحكم ببطلان الورقة من تلقاء نفس المحكمة، والحكم بالبطلان من تلقاء نفس المحكمة بعد مساس الموضوع، إضافة إلى بعض الملاحظات على قواعد التمسك ببطلان أوراق التكليف بالحضور .

وأخيرا تناولت الدراسة في هذا النوع من الدفوع الشكلية الحكم بالبطلان، وأثار الحكم ببطلان الصحيفة.

٥- أصول المحاكمات في المواد المدنية والتجارية، رزق الله أنطاكي، ط ١٩٦٢، مطبعة جامعة دمشق .

جاءت هذه الدراسة في مقدمة وعشرة أبواب، أما المقدمة فكانت عبارة عن تمهيد يقع في فصلين، الفصل الأول تضمن أحكاما عامة، كوظيفة الدولة القضائية، والتمييز بين قواعد

التنظيم القضائي وقواعد الأصول، والتعريف بقوانين الأصول وصفتها، أما الفصل الثاني فكان في تنازع قوانين الأصول، وفي الباب الأول كان الحديث عن النظام القضائي في سورية، وفي الثاني عن القضاة ومساعدوهم، وفي الثالث عن الدعوى، وفي الرابع عن الاختصاص، وفي الخامس عن إجراءات الخصومة، وفي السادس عن إجراءات المحاكمة، وفي السابع عن الإثبات، وفي الثامن عن نظرية الأحكام، وفي التاسع عن طرق الطعن بالأحكام، أما الباب العاشر فكان الحديث فيه عن التحكيم .

وبالنسبة للدفوع فقد تناولتها الدراسة في الباب الثالث من الفصل الثالث، وكانت البداية عن تعريف الدفوع من ناحية قانونية، ثم ذكر أنواع الدفوع وهي : الدفوع الموضوعية، والدفوع الشكلية، والدفوع بعدم قبول الدعوى .

وبالنسبة للدفوع الشكلية، فقد ذكرت الدراسة أهم أنواعها وهي :

١ – الدفع بعدم اختصاص المحكمة بالنظر في الدعوى .

٢ – الدفع ببطلان مذكرة التكليف بالحضور،أو مذكرة الدعوى .

٣ – الدفع بإحالة الدعوى إلى محكمة أخرى مرفوعة إليها تلك الدعوى، أو مرتبطة بها.

ثم أعقبت الدراسة ذلك الحديث عن فوائد التمييز بين الدفوع الشكلية والدفوع الموضوعية، ثم تطرقت إلى الأحكام المتعلقة بالدفوع .

هذا ولم تفصل الدراسة كثيرا في الدفوع الشكلية، وإنما جاء الحديث بشكل مختصر يعين فقط على المقصود بها، ولكن دون خوض في تفصيلاتها .

٦ – قواعد المرافعات في التشريع المصري المقارن، محمد العشماوي وعبد الوهاب العشماوي، ١٩٥٨ المطبعة النموذجية .

تقع هذه الدراسة في جزئين، أما الجزء الأول فتناولت الدراسة فيه نظام القضاء، والقضاء المستعجل، والأوامر على عرائض، والتحكيم، ونظرية الاختصاص، والدعوى، ودعوى الحيازة، وأوراق المرافعات، ومواعيدها . أما الجزء الثاني فتناولت الدراسة فيه رفع الخصومة، وسيرها، وما يعترضها، واتساع نطاقها، والدفع، والإثبات، والأحكام، وطرق الطعن فيها.

وبالنسبة للدفوع فقد تعرضت الدراسة لتعريف الدفوع بمعناها العام، ثم بينت الدراسة أنواع الدفوع، وهي : الدفوع الموضوعية، والدفوع الفرعية، أو الشكلية، والدفوع بعدم قبول

الدعوى، أوعدم جواز رفعها، وعرفت كل نوع بشكل مختصر منصب على ماهية هذه الأنواع، وأتبعت ذلك ببيان الفرق بين الدفوع الموضوعية، والشكلية، والنتائج المترتبة على هذا الفرق، وبالنسبة للدفوع الشكلية فقد عرفتها الدراسة، وتناولت بعض أحكام الدفوع الشكلية بشكل عام، وترتيبها وسقوط الحق في إبدائها . وبعد ذلك تناولت أنواع الدفوع الشكلية فبدأت بالدفع بعدم الاختصاص، وقصرت الكلام في هذا النوع على القواعد والإجراءات التي تتبع في التمسك بهذا الدفع، وبينت أنواع الدفع بعدم الاختصاص وهي الدفع بعدم الاختصاص المحلي، والدفع بعدم الاختصاص النوعي، أو الوظيفي، أما النوع الأول وهو الدفع بعدم الاختصاص المحلي فقد تكلمت الدراسة فيه عن الأمور التالية : من الذي يملك الدفع بعدم الاختصاض المحلي، وكيف يقدم هذا الدفع؟ ومتى يقدم ؟ وتناولت بعض الأحكام الخاصة بهذا النوع .

أما الدفع بعدم الاختصاص النوعي، أو الوظيفي، فقد بينت الدراسة متى يتحقق هذا الدفع، ومن الذي يملك الدفع بعدم الاختصاص النوعي، أو الوظيفي، ومتى يجوز إبداء هذا الدفع، والأمر بإحالة الدعوى إلى المحكمة المختصة .

كان ذلك الدفع بعدم الاختصاص، وهو النوع الأول من الدفوع الشكلية، ثم جاء الكلام عن النوع الثاني وهو الدفع بطلب الإحالة، فبينت المقصود به وحالات التمسك بهذا الدفع، وهاتان الحالتان هما : الدفع بطلب الإحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمتين، والدفع بطلب الإحالة للارتباط .

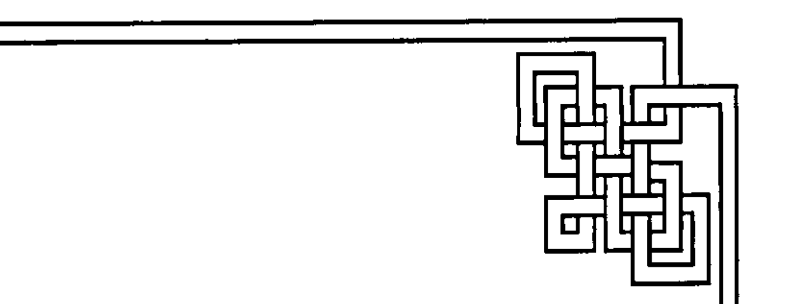
أما الدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع فتحدث الدراسة فيه عن محل التمسك بهذا الدفع، والشروط الواجب توافرها لقبول هذا الدفع، ومن الذي يتمسك بالدفع بطلب الإحالة، وفي أي وقت، ونتائج التمسك بهذا الدفع .

وأما الدفع بطلب الإحالة للإرتباط، فقد تحدثت الدراسة عن الأمور التالية : ماهية الإرتباط، وصوره، وشروط التمسك بهذا الدفع، وكيفية التمسك بهذا الدفع .

ويلاحظ على هذه الدراسة أثناء تحدثها عن شروط التمسك بهذا النوع – الدفع بطلب الإحالة – أنها أغفلت بعض الشروط فلم تذكرها، مع أهمية هذه الشروط .

ثم جاء الكلام بعد ذلك عن النوع الثالث من الدفوع الشكلية، وهو الدفع بالبطلان أي بطلان أوراق المرافعات وإجراءاتها، وفي هذا النوع تعرضت الدراسة لنظرية البطلان في قانون المرافعات المصري، مقدمة لذلك بدراسة تاريخية ومقارنة لنظرية البطلان في بعض التشريعات القديمة وفي التشريع الفرنسي، ثم بينت بعد ذلك المقصود بهذا الدفع، وبعض أحكام

هذا النوع من الدفع، وأهم ما تحدثت عنه : الدفع ببطلان ورقة التكليف بالحضور، وطلب بطلان أوراق المرافعات الأخرى، وكيفية الحكم في الدفع بالبطلان، وآثاره .

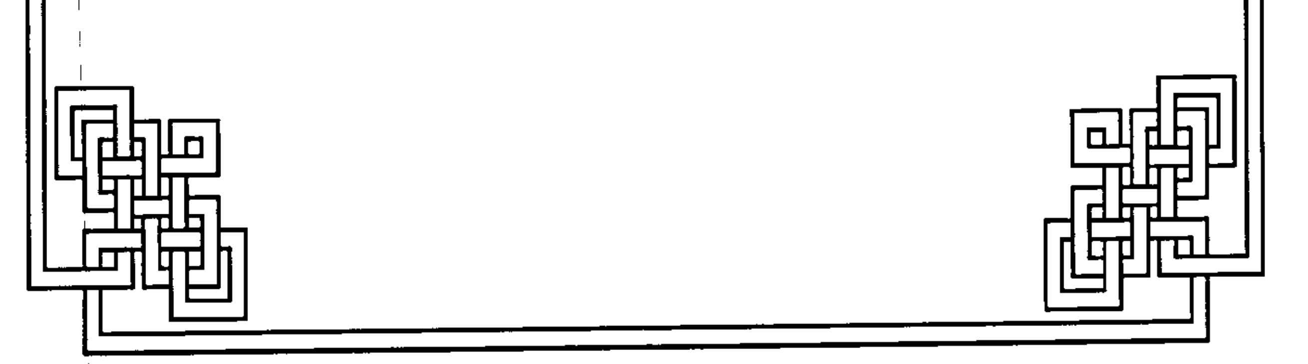


الفصل الأول (تمهيدي)

تعريف الدفع في اللغة والاصطلاح

المبحث الأول : تعريف الدفع في اللغة.

المبحث الثاني : تعريف الدفع في الفقه والقانون.



المبحث الأول

الدفع في اللغة

الدفع مصدر من دفع (كمنع)، يدفع، دفعا، ودَفاعا، ومَدْفعا (كمطلب) [١].

ويطلق في اللغة على معانٍ كثيرة، يرجع معظمها إلى معنى واحد وهو (التنحية والإزالة بقوة). وأقرب هذه المعاني إلى ما يقابلها من معنى اصطلاحي:

أولاً: التنحية والإزالة بقوة [٢]: ومنه قوله تعالى: ﴿وَلَوْلا دَفْعُ اللَّهِ النَّاسَ بَعْضَهُمْ بِبَعْضٍ لَفَسَدَتِ الْأَرْضُ﴾ (البقرة: من الآية٢٥١).

ثانياً: صرف الشيء قبل الورود، كما أن الرفع صرف الشيء بعد الورود [٣].

ثالثاً: الرد: يُقال: دفع إليه الشيء: ردّه، ودَفع القول: ردّه، ودَفع القول: ردّه بالحجة [٤].

تلك هي أهم المعاني التي يتناولها لفظ (الدفع)، إلا أنه يستعمل في معان مجازية كثيرة منها:

أولاً: الانتهاء: يُقال:"هذا طريق يدفع إلى مكان كذا"، أي ينتهي إليه [٥].

---

(١) الزبيدي، محمد مرتضى ، تاج العروس، دار ليبيا-بني غازي، دون طبعة، ٣٢٩/٥، الرافعي، أحمد بن محمد علي المقري الفيومي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، المطبعة الأميرية-القاهرة، ط٤، ١٩٢١م، ٢٦٦/١، ابن فارس، أبو الحسين أحمد بن زكريا، معجم مقاييس اللغة، تحقيق: عبد السلام محمد هارون، دار الفكر، ١٣٩٩هـ-١٩٧٩م، ٢٨٨/٢.

(٢) الزبيدي، تاج العروس، ٣٢٩/٥، ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، ٢٨٨/٢، ابن منظور، أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم، لسان العرب، دار إحياء التراث العربي ومؤسسة التاريخ العربي، بيروت، ط٢، ١٤١٣هـ، ٣٦٩/٤، الرافعي، المصباح المنير، ٢٦٦/١، مصطفى، إبراهيم مصطفى وآخرون، المعجم الوسيط، معجم اللغة العربية، الإدارة العامة بالمعجمات وإحياء التراث، دار الدعوة، استانبول، ٢٨٩/١.

(٣) أبو البقاء، أيوب بن موسى الحسيني الكفوي، الكليات معجم في المصطلحات والفروق اللغوية، بيروت، مقابلة وإعداد عدنان درويش ومحمد المصري، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط١، ١٩٩٢م، ص٤٥٠.

(٤) المعجم الوسيط، لإبراهيم مصطفى وآخرون، ٢٨٩/١، الرافعي، المصباح المنير، ٢٦٧/١.

(٥) الزمخشري، أبو القاسم محمود بن عمر، أساس البلاغة، تحقيق: فريد نعيم وشوق المعرّي، مكتبة لبنان، ط١، ١٩٩٨م، ص٢٣٤، الرافعي، المصباح المنير، ٢٦٧/١، ابن منظور، لسان العرب، ٣٧٠/٤، المعجم الوسيط، ٢٨٩/١.

ثانياً: المماطلة: يُقال: دافع فلانٌ فلاناً في حاجته إذا ماطله فيها فلم يقضها، ودافعته عن حقه أي ماطلته [١].

ثالثاً: المضي في الأمر: يُقال: اندفع في الأمر أي مضى فيه [٢].

رابعاً: الرحيل: يُقال: دفعت عن الموضع رحلت عنه [٣].

خامساً: ويستعمل الدفع في معانٍ أخرى كثيرة مثل: المزاحمة، يقال: دافع فلانا في حاجته: زاحمه، ويقال: هو سيد قومه غير مُدافَع: غير مزاحَم [٤]، ويقال: اندفع الفرس: أي أسرع في سيره [٥]، ويُقال: دَفع فلانا إلى أمر كذا: اضطره [٦]، ويقال: اندفع في الحديث: أفاض [٧].

سادساً: وإذا عُدّي (دفع) بـــ (إلى) فمعناه أداء الأمانة [٨]، كقوله تعالى: ﴿فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾ (النساء: من الآية٦)، واقتضى أيضا معنى الإنالة إذا عدي بـــ (إلى)، كما في الآية الكريمة السابقة [٩].

وإذا عدي بـــ (عن) اقتضى معنى الحماية [١٠]، كقوله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يُدَافِعُ عَنِ الَّذِينَ آمَنُوا﴾ (الحج: من الآية٣٨)، وقوله تعالى: ﴿لِلْكَافِرِينَ لَيْسَ لَهُ دَافِعٌ مِنَ اللَّهِ ذِي الْمَعَارِجِ﴾ (المعارج:٢-٣)، أي: حام.

---

(١) ابن منظور، لسان العرب، ٣٧١/٤، الرافعي، المصباح المنير، ٢٦٧/١، الفيروزأبادي،أبو طاهر محمد بن يعقوب بن محمد بن ابراهيم بن عمر الشيرازي، القاموس المحيط، ص٥٧٤، المعجم الوسيط، ٢٨٩/١، الرازي، محمد بن أبي بكر بن عبد القادر، مختار الصحاح، تحقيق: يحيى خالد توفيق، مكتب الآداب، القاهرة، ط١، ١٩٨٨م، ص٢٠٧.

(٢) الزمخشري، أساس البلاغة، ص٢٣٤، المعجم الوسيط، ٢٨٩/١.

(٣) الرافعي، المصباح المنير، ٢٦٧/١، المعجم الوسيط، ٤٢٨١/١.

(٤) المعجم الوسيط، ٢٨٩/١.

(٥) ابن منظور، لسان العرب، ٣٧١/٤، الرازي، مختار الصحاح: ص٢٠٧.

(٦) الزمخشري، أساس البلاغة، ص٢٣٤، المعجم الوسيط، ٢٨٩/١.

(٧) الفيروزأبادي، القاموس المحيط، ص٥٧٤، المعجم الوسيط، ٢٨٩/١.

(٨) الزبيدي، تاج العروس، ٣٢٩/٥.

(٩) أبو البقاء، الكليات، ص٤٥٠، الأصفهاني، أبو القاسم الحسين بن محمد بن راغب ، المفردات في غريب القرآن، ضبطه وراجعه محمد خليل عيتاني، دار المعرفة، بيروت، ط١، ١٤١٨هـ-١٩٩٨م، ص١٧٧.

(١٠) أبو البقاء، الكليات، ص٤٥٠، الزبيدي، تاج العروس، ٣٢٩/٥، الأصفهاني، المفردات، ص١٧٧.

المبحث الثاني

تعريف الدفع في الفقه والقانون

المطلب الأول: تعريف الدفع في الفقه الإسلامي:

إن المتتبع لأقوال الفقهاء القدامى يجد أنهم قد ذكروا الدفع باعتباره وجهاً من وجوه الجواب على الدعوى، فحين يُسأل المدّعى عليه عن الدعوى فإنه يجيب إما بالإقرار أو الإنكار [١]، فإن سكت، وامتنع من الإقرار، والإنكار، فقد اختلف الفقهاء في اعتبار امتناعه هذا جواباً عن الدعوى على قولين:

القول الأول: إن المدعى عليه إن امتنع عن الإقرار والإنكار ولم يكن به آفة في لسانه أو سمعه يعدّ منكراً ناكلاً، وقد ذهب إلى ذلك معظم فقهاء الحنفية، والمالكية في قول، والشافعية، والحنابلة [٢].

---

(١) ابن عابدين، محمد علاء الدين أفندي، قرة عيون الأخيار تكملة حاشية ابن عابدين، دار عالم الكتب، طبعة خاصة، ١٤٢٣هـ-٢٠٠٣م، ٤٥٥/١١، الكاساني، علاء الدين أبو بكر بن مسعود الحنفي (ت٥٨٧هـ)، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، تحقيق وتعليق علي محمد معوض وعادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٤١٨هـ-١٩٩٧م، ٣٥٦/٦، الدسوقي، محمد بن أحمد بن عرفة المالكي (ت١٢٣٠هـ)، حاشية الدسوقي عن الشرح الكبير لأبي البركات أحمد بن محمد العدوي الشهير بالدردير (ت١٢٠١هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٤١٧هـ-١٩٩٦م، ٢٨/٦، الحطاب، أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي (ت٩٥٤هـ)، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، ضبطه وخرج آياته وأحاديثه زكريا عميرات، دار عالم الكتب، الرياض، طبعة خاصة، ١٤٢٣هـ-٢٠٠٣م، ١٢٦/٨، ١٢٧، الشربيني الخطيب، محمد ، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر، ١٣٧٧هـ-١٩٥٨م، ٤٦٨/٤، النووي، أبو زكريا يحيى بن شرف الدمشقي (ت٦٧٦هـ)، روضة الطالبين، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد معوّض، دار عالم الكتب، الرياض، طبعة خاصة، ١٤٢٣هـ-٢٠٠٣م، ٢٩٩/٨، البهوتي، منصور بن يونس بن إدريس ، توفي (١٠٥١هـ)، كشاف القناع، قدم له كمال عبد العظيم العناني، وحققه أبو عبد الله محمد حسن إسماعيل الشافعي، دار عالم الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٤١٨هـ-١٩٩٧م، ٤٢١/٦، ٤٢٢، ٤٣١.

(٢) ابن عابدين،قرة عيون الأخيار، ٤٥٥/١١، ابن فرحون، برهان الدين بن علي بن أبي القاسم بن محمد المالكي المدني، توفي (٧٩٧هـ)، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، مراجعة وتقديم-

القول الثاني: إن المدعى عليه في هذه الحالة –حالة السكوت– لا يُترك حتى يُقر، ذهب إلى هذا أبو يوسف [١] والمالكية في قول وعند أبي يوسف أنه يحبس إلى أن يجيب [٢]، وإما أن يكون جواب المدعى عليه دفعاً لدعوى المدعي. وكما ذكرت فإن الفقهاء ذكروا الدفع باعتباره وجهاً من وجوه الجواب على الدعوى، ومع ذلك لم يضع الفقهاء تعريفاً للدفع، وذلك لأنهم اعتبروه نوعاً من أنواع الدعاوى يُقصد به أحد أمرين: إما إسقاط الخصومة عن المطلوب، وإثبات عدم صحة توجيه المطالبة إليه، أو إسقاط دعوى المدعي وإثبات عدم توجه أي حق له على المطلوب [٣].

صحيح أن الدفع دعوى، وهذا مالا خلاف فيه، إلا أن الفقهاء لم يصرحوا بتعريف له، حتى في تعريفهم للدعوى ، فلو أخذنا مثلاً تعريف التمرتاشي [٤] للدعوى، حيث عرفها

=محمد عبد الرحمن الشاغول، المكتبة الأزهرية للتراث، ٢٠٠٥م، ١٩٧/١، الشربيني، مغني المحتاج، ٤٦٨/٤، البهوتي، كشاف القناع، ٤٣١/٦.

(١) أبو يوسف هو: يعقوب بن إبراهيم بن حبيب الأنصاري الكوفي البغدادي، أبو يوسف: صاحب الإمام أبي حنيفة، وتلميذه، وأول من نشر مذهبه، ولد بالكوفة، وولي القضاء ببغداد أيام المهدي والهادي والرشيد، وهو أول من دعي"قاضي القضاة" وأول من وضع الكتب في أصول الفقه على مذهب أبي حنيفة، من كتبه"الخراج" و"الآثار" وهو مسند أبي حنيفة، و"النوادر" و"أدب القاضي" و"الفرائض" توفي سنة ١٨٢هـ، انظر: الزركلي، خير الدين، الأعلام، قاموس تراجم لأشهر الرجال والنساء من ا لعرب والمستعربين والمستشرقين، دار العلم، بيروت، ط٩، ١٩٩٠م ١٩٣/٨).

(٢) ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم بن محمد المصري الحنفي (ت٩٧٠هـ)، البحر الرائق شرح كنز الدقائق في فروع الحنفية لأبي البركات عبد الله بن أحمد بن محمود المعروف بحافظ الدين النسفي (ت٧١٠هـ)، ضبطه وخرج آياته وأحاديثه زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٤١٨هـ-١٩٩٧م، ٣٤٦/٧، تبصرة الحكام، ١٩٧/١.

(٣) ياسين، محمد نعيم، نظرية الدعوى بين الشريعة وقانون المرافعات المدنية والتجارية، دار النفائس، عمان، ط٢، ١٤٢٠هـ، ٢٠٠٠م، ص٥٨٦.

(٤) التمرتاشي هو: محمد بن عبد الله بن أحمد الخطيب العمري التمرتاشي الغزي، الحنفي، شمس الدين، شيخ الحنفي في عصره، من أهل غزة، ولد وتوفي فيها، من كتبه"تنوير الأبصار" في الفقه، و"فتح الغفار" شرح تنوير الأبصار، و"مسعف الحكام على الأحكام" توفي (١٠٠٤هـ). انظر: اللكنوي الهندي، محمد عبد الحي (ت١٢٦٤هـ) الفوائد البهية في تراجم الحنفية وعليه تعليقات السنية على الفوائد البهية، اعتنى به أحمد الزعبي، دار الأرقم، ابن أبي الأرقم، بيروت، ط١، ١٤١٨هـ-١٩٩٨م، ص٥٦٢-٥٦٣.

بأنها:"قول مقبول عند القاضي يُقصَد به طلب حق قِبَل غيره أو دفعه عن حق نفسه" [١]. فإن قوله:"أو دفعه عن حق نفسه" لا يقصد به الدفع ولا يتناوله أصلاً، وإنما المقصود من هذا القيد هو دعوى دفع التعرض، وهي أن يقول إن فلاناً يتعرض لي في كذا بغير حق وأطالبه بدفع التعرض، فإنها تسمع، فينهاه القاضي عن التعرض له بغير حق ما دام لا حجة له [٢]. وهذا غير الدفع، فإنه وإن كان دعوى إلا أنه ليس دعوى أصلية، بل هو جواب على الدعوى الأصلية، ودعوى دفع التعرض دعوى أصلية ويمكن للدفع نفسه أن يكون جواباً على هذه الدعوى.

هذا بالنسبة للفقهاء القدامى، أما الفقهاء المحدثون فقد ذكروا الدفع، وصرّح كثير منهم بتعريف له، ومن أهم هذه التعريفات ما يلي:

أولاً: تعريف مجلة الأحكام العدلية الذي يمكن القول أنه أول تعريف للدفع، على اعتبار أن المجلة كانت أول تقنين مدني لفقه المعاملات في الشريعة الإسلامية، فقد جاء فيها:"الدفع هو الإتيان بدعوى من قبل المدعى عليه تدفع دعوى المدعي" [٣]، ويلاحظ على هذا التعريف ما يلي:

أنه عرف الدفع بأنه"دعوى .. تدفع دعوى المدعي" وكلمة"تدفع" تجعل في التعريف دوراً ينبغي عدم وجوده [٤]، كما أن التعريف لم يبين وقت الدفع وأنه يُقبل قبل الحكم وبعده، هذا وقد جعل الدفع قاصراً على المدعى عليه، مع أن الدفع يصح من غير المدعى عليه، كما لو أقيمت دعوى على أحد الورثة بشيء يخص التركة، فقام وارث آخر غير المدعى عليه بدفع الدعوى، فإن هذا الدفع صحيح ويسمع [٥]، وأخيراً فإن التعريف لا يشمل بعض أنواع الدفوع الشكلية التي تثار من قبل المحكمة التي تنظر الدعوى،كالدفع بعدم الاختصاص الوظيفي، حيث جعل الدفع قاصراً على المدعى عليه.

ثانياً: تعريف علي حيدر:

---

(١) التمرتاشي، شمس الدين محمد بن عبيد الله الحنفي، متن تنوير الأبصار وجامع البحار، بدون طبعة، ص١٤٥.

(٢) ابن عابدين، قرة عيون الأخيار، ٤٤١/١١، ٤٤٢.

(٣) حيدر، علي ، درر الحكام شرح مجلة الأحكام تعريب المحامي فهمي الحسيني، دار عالم الكتب، الرياض، طبعة خاصة، ١٤٢٣هـ-٢٠٠٣م، ٢١١/٤.

(٤) مرجع سابق، ٢١٢/٤.

(٥) ابن عابدين، قرة عيون الأخيار، ٥٤٥/١١.

"الدفع شرعاً: الإتيان بدعوى قبل الحكم، أو بعده من قبل المدعى عليه ترد وتزيل دعوى المدعي" (١).

حاول شارح المجلة في تعريفه هذا أن يتدارك بعض المآخذ على التعريف السابق، فبين وقت الدفع بقوله:"قبل الحكم أو بعده" واستبدل كلمة"ترد وتزيل" الواردة في تعريف المجلة بكلمة "تدفع"، ليزيل الدور الباطل من التعريف لتشمل الرد على الدعوى، والرد على دفع الدعوى، والرد على دفع الدفع، ومع ذلك فقد جعل الدفع قاصراً على المدعى عليه في حين أنه يقبل من غير المدعى عليه كما تبين سابقاً، وأيضاً فإن التعريف غير جامع لعدم شموله على بعض الدفوع الشكلية التي تثار من قبل المحكمة.

ثالثاً: تعريف الشيخ علي قراعة:

الدفع هو:"دعوى من قبل المدعى عليه، أو ممن ينتصب المدعى عليه خصمًا عنه يُقصد بها دفع الخصومة عنه، أو إبطال دعوى المدعي" (٢).

يختلف هذا التعريف عن سابقه بأن واضعه لم يجعل الدفع قاصراً على المدعى عليه بل أدخل فيه من ينتصب المدعى عليه خصماً عنه، كالوصي والقيم وكما لو أقيمت الدعوى على أحد الورثة فدفع وارث آخر غير المدعى عليه الذي أقيمت عليه الدعوى، إلا أنه مع ذلك يبقى غير جامع لجواز إبداء الدفع من غير المدعى عليه، ومن ينتصب المدعى عليه خصماً عنه، كالمتضرر، والمحكمة، كما أنه لا يدخل في التعريف الدفوع الشكلية، فقد بيّن أن المقصود هو دفع الخصومة وإبطال دعوى المدعي، ولكن هناك دفوعاً يقصد بها غير ذلك وهي الدفوع الشكلية التي يقصد بها تأخير الفصل في الدعوى، ويضاف إلى ذلك أن التعريف لم يبين وقت الدفع ومدى قبوله قبل الحكم، وبعده.

بعد عرض المعنيين اللغوي والاصطلاحي للدفع يتبين أن هناك صلة وثيقة بينهما، فالدفع في اللغة يقصد به التنحية، والرد، والإزالة، وكذلك في الاصطلاح فإنه يقصد به رد دعوى المدعي، وإزالتها.

المطلب الثاني: تعريف الدفع في القانون:

اهتم فقهاء القانون وشراحه بالدفع فوضعوا له تعريفاً، ومن أهم هذه التعريفات:

---

(١) حيدر، درر الحكام، ٢١٢/٤.

(٢) قراعة، علي، الأصول القضائية في المرافعات الشرعية، مطبعة النهضة، مصر، ط٢، ١٣٤٤-١٩٢٥،ص٥٤.

أولاً: تعريف الدكتور أحمد أبو الوفا:

عرف أبو الوفا الدفع بمعناه العام أنه: " اصطلاح يطلق على جميع وسائل الدفاع التي يجوز للخصم أن يستعين بها ليجيب على دعوى خصمه، بقصد تفادي الحكم لخصمه بما يدعيه، سواء أكانت هذه الوسائل موجهة إلى الخصومة، أو بعض إجراءاتها، أو موجهة إلى أصل الحق المدعى به، أو إلى سلطة الخصم في استعمال دعواه منكراً إياها" [١].

يؤخذ على هذا التعريف أنه غير جامع لعدم تناوله الدفوع التي تثار من قبل المحكمة والتي تعد من النظام العام [٢]، فقد جعل إبداء الدفع قاصراً على الخصم، كما أنه جعل مجرد إنكار الدعوى من قبيل الدفع، والدفع يختلف عن مجرد إنكار الدعوى، إذ هو ادعاء مضاد، يجب على المدعي أن يثبته، أما في حالة الإنكار فإن المدعى عليه لا يثير وقائع جديدة، ولذلك لا يقع على عاتق المدعي عليه إثبات هذا الإنكار، وإنما يقع على عاتق المدعي إثبات ما يدعيه [٣].

ثانياً: تعريف الدكتور أحمد مسلم:

الدفع هو:"جواب المدعى عليه على الدعوى بإنكارها، أو بإنكار جواز قبولها، أو سماعها، أو بإنكار صحة الإجراءات التي رُفعت بها، أو اختصاص المحكمة المرفوعة إليها" [٤].

يؤخذ على هذا التعريف ما أخذ على التعريف السابق، من حيث قصر الدفع على المدعى عليه، مع أنه قد يُثار من قبل المحكمة، كما أنه جعل مجرد إنكار الدعوى من قبيل الدفع، والدفع يختلف عن الإنكار، ويضاف إلى ذلك أن في التعريف تكراراً، ويظهر ذلك في قوله:"أو اختصاص المحكمة المرفوعة إليها"، فهذا القيد يدخل في القيد الذي سبقه، وهو قوله:"صحة الإجراءات التي رُفعت بها" فأن تدفع بعدم اختصاص المحكمة المرفوعة إليها الدعوى يعني أنك تدفع بعدم صحة الإجراءات التي رُفعت بها الدعوى.

---

(١) أبو الوفا، أحمد، نظرية الدفوع في قانون المرافعات، منشأة المعارف، ط٨، ١٩٨٨، ص١١.

(٢) سيأتي توضيح التعلق بالنظام العام في مبحث الدفع بعدم الاختصاص.

(٣) ياسين، نظرية الدعوى، ص٥٨٧، راغب، وجدي، الموجز في مبادئ القضاء المدني (قانون المرافعات)، دار الفكر العربي، ط١، ١٩٩٧م، ص٣٥٩، ٣٦٠، جميعي، عبد الباسط، مبادئ المرافعات في قانون المرافعات الجديد، دار الفكر العربي، ١٩٨٠م، ص٤٦٥.

(٤) مسلم، أحمد، أصول المرافعات التنظيم القضائي، دار الفكر العربي، ١٩٧٨م، ص٥٦٥.

قوله"دعوى": ليتحقق في الدفع جميع شروط الدعوى من الصفة، والمصلحة، والأهلية، وأنه إخبار من الدافع سواء أكان بالقول، أو بالكتابة، والدعوى لا يمكن تصورها إلا في مجلس القضاء.

وقوله"يثيرها": مشروع لبيان من يقبل منه الدفع، وهم ثلاثة:

أ- الخصم: وكلمة الخصم تشمل المدعي والمدعى عليه، وبهذا يشمل التعريف الدفع من المدعى عليه، ودفع الدفع من المدعي.

ب-المتضرر: وهذا ليس خصما في الدعوى، وإنما يدخل كشخص ثالث في الدعوى لتضرره.

ج- المحكمة: وتثير المحكمة الدفوع التي تتعلق بالنظام العام، كالدفع بعدم الاختصاص الوظيفي.

وقوله"في دعوى مقامة": بيان لمحل الدفع، فهو يقام في دعوى مقامة أمام القضاء، وهذا يعني أن الدفع لابد أن تسبقه دعوى، وهذا النوع الأول من الدفوع.

وقوله"قبل الحكم": بيان لوقت الدفع، وهذا بيان للنوع الأول من الدفوع التي تثار في الدعوى قبل الحكم.

وقوله"بقصد" بيان للأهداف التي يقصدها الدافع من إثارته للدفع في الدعوى المقامة، وهي:

أ- رد الدعوى: وهذا يشمل رد الدعوى قبل الدخول في الموضوع، ويشمل أيضاً ردّها بعد الدخول في الموضوع، وبهذا يشمل الدفوع الشكلية والموضوعية.

ب-تأخير الحكم فيها: وهذا يشمل بعض أنواع الدفوع الشكلية التي يقصد من إثارتها تأخير البت في الدعوى.

وقوله:"أو بدعوى مستقلة" بيان للنوع الثاني من الدفوع التي تثار بدعوى مستقلة.

وقوله:"بعد الحكم" بيان لوقت الدفوع من النوع الثاني، وأن الدفع يقبل بعد الحكم، وهذا يشمل بعض أنواع الطعون في الأحكام القضائية، وهي:

أ- الاعتراض العادي: وهو دعوى يرفعها المدعى عليه المحكوم عليه غيابيا.

ب-اعتراض الغير: وهو دعوى يرفعها المتضرر من الحكم في دعوى سابقة لم يكن ممثلا بها، ولا خصماً فيها.

وقوله"بقصد" الثانية بيان للهدف من إثارة الدفع بعد الحكم، وهي:

أ- فسخ الحكم: أي عدم اعتبار الحكم بحقه، وإعادة الدعوى الأولى إلى مرحلة سابقة على الحكم وقت الدفع الذي أثير.

ب-منع تنفيذ الحكم عليه: أي وقف تنفيذ الحكم بحقه؛ لأن الأصل أن الطعن في الأحكام يوقف تنفيذها إلا في حالات استثنائية، كالأحكام المتعلقة بالنفقات [١].

---

(١) ذياب صبحي، بحث غير منشور، ص١٤-١٦.



الفصل الثاني

أنواع الدفوع وأحكامها
في الفقه والقانون

المبحث الأول: أنواع الدفوع، وأحكامها في الفقه الإسلامي.

المطلب الأول: أنواع الدفوع في الفقه الإسلامي.

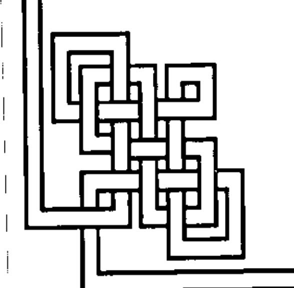
المطلب الثاني: أحكام الدفوع في الفقه الإسلامي.

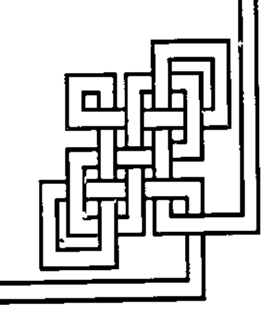
المبحث الثاني: أنواع الدفوع، وأحكامها في القانون.

المطلب الأول: الدفوع الموضوعية، وأحكامها.

المطلب الثاني: الدفوع بعدم القبول، وأحكامها.

المطلب الثالث: الدفوع الشكلية، وأحكامها.





المبحث الأول

أنواع الدفوع وأحكامها في الفقه الإسلامي

المطلب الأول: أنواع الدفوع في الفقه الإسلامي:

يتضح من المفهوم الذي ذكره الفقهاء المسلمون للدفع أن هناك نوعين من الدفوع:

النوع الأول: الدفع الموضوعي: وهو الذي يُقصد به إبطال نفس دعوى المدعي، والغرض الذي يرمي إليه بها، حيث يتعرض فيه لصدق المدعي وكذبه، ويترتب على قبوله وضع حد نهائي لمطالب المدعي، ومنعه من التعرض ثانية للمطلوب [١].

وهذا النوع من الدفوع صوره كثيرة ولا يمكن حصرها، ذلك أنها تتنوع بتنوع الدعوى و الحق المدعى به.

ومن صور هذا النوع: الفع بالإبراء كأن يدعي شخص على آخر دينًا قدره كذا، فيدفع المدعى عليه بقضاء هذا الدين، أو إبراء المدعي له من الدين.

النوع الثاني: الدفع بعدم الخصومة: وهو الدفع الذي يُقصد به دفع الخصومة عن المدعى عليه بدون تعرض لصدق المدعي أو كذبه في دعواه، [٢]فلا يتعرض لأساس الحق محل النزاع .

ومثاله: أن يدفع المدعى عليه بأن يده على الشيء المُدّعى ليست يد خصومة، وإنما هي يد حفظ، كأن يدعي أنه مستأجر للمدعى به، أو مستعيره، أو غاصبه، أو مرهون عنده، أو مودع عنده، وهذه الصورة يطلق عليها اسم المسألة المخمسة عند الحنفية [٣].

ومع أن الفقهاء لم يذكروا للدفع بعدم الخصومة إلا صورة واحدة، إلا أنه يمكن استنباط صور أخرى له من خلال الشروط التي اشترطها الفقهاء لصحة الدعوى، وهذه الصور هي [٤]:

---

(١) قراعة، الأصول القضائية، ص٥٥، ياسين، نظرية الدعوى، ص٥٨٨.

(٢) المرجعين السابقين.

(٣) انظر: ابن نجيم، البحر الرائق، ٣٨٧/٧، الكاساني، بدائع الصنائع، ٤٤٢/٨.

(٤) انظر: ياسين، نظرية الدعوى، ص٥٨٨-٥٩٤.

أولاً: الدفع بعدم صفة المدعى عليه في الخصومة:

يشترط الفقهاء لصحة الدعوى ومن ثم قبولها أن تُرفع على شخص يُعدّ خصماً، وقد وضع الفقهاء المسلمون قواعد ومعايير خاصة بكل نوع من أنواع الدعاوى لمعرفة من يكون الخصم فيها [١].

جاء في تبصرة الحكام:"من شروط الدعوى أن تكون مما لو أقر بها المدعى عليه لزمته" [٢]، وفي مواهب الجليل:"إذا كان المدعى عليه ممن يصح إقراره تسمع الدعوى عليه، وإن كان لا يصح إقراره لا تسمع الدعوى عليه" [٣]، وقد استنتج الدكتور محمد نعيم ياسين من هذه القواعد والمعايير أصلاً عاماً يشمل تلك المعايير والقواعد، وهو:"أن من ادعى على إنسان شيئاً، فإن كان المدعى عليه لو أقر يصح إقراره فيترتب عليه حكم، فإنه يكون بإنكاره خصماً في الدعوى، وتصح بتوجيهها إليه، أما إذا لا يترتب على إقراره حُكم لم يكن خصماً بإنكاره" [٤]، ويقوم مقام من ينطبق عليه هذا الأصل من ينوب عنهم من وكيل، أو ولي، أو وصي، وإن كان هؤلاء لا يترتب على إقرارهم حكم؛ لأن الشرع أقر الولاية، والوصاية، والقوامة لمصالح اعتبرها [٥].

وبناء على ذلك، فإذا رُفعت الدعوى على من ليس له صفة في الدعوى، فإن المدعى عليه يستطيع أن يدفع بعدم صفته في الدعوى، ويكون ذلك في الأحوال الآتية:

الحالة الأولى: في حالة كون يد المدعى عليه يد حفظ وليست ملك، كما لو دفع المدعى عليه بأن العين التي في يده لفلان وأنه استأجرها منه أو استعارها أو غصبها.

وقد ذهب ابن شبرمة [٦] إلى عدم صحة هذا الدفع، حيث رأى أن الخصومة لا تندفع بقول المدعى عليه إن المدعى به الذي في يده هو لفلان، حتى لو أقام البينة على دعواه،

---

(١) انظر: ياسين، نظرية الدعوى، ص٢٨٦.

(٢) ابن فرحون، تبصرة الحكام، ١/١٥١.

(٣) الحطاب، مواهب الجليل، ٨/١٢٣.

(٤) ياسين، نظرية الدعوى، ص٢٨٦.

(٥) مرجع سابق، ص٢٨٦.

(٦) ابن شبرمة هو: عبد الله بن شُبْرُمة بن الطفيل بن حسان الضبي، أبو شبرمة الكوفي القاضي، ثقة فقيه من الخامسة، قليل الحديث، كان شاعراً، وكان يسمّي الذين يسألون عن الشهود الهداهد، توفي سنة (١٤٤هـ). انظر: ابن سعد، محمد، الطبقات الكبرى، دار صادر، بيروت،٦/٣٥٠،٣٥١، العسقلاني،=

ووجه ذلك أن دفع الخصومة عن ذي اليد مترتب على ثبوت الملك للغائب، وبينة المدعى عليه لا يمكن أن تثبت الملك للغائب؛ لعدم وجود خصم عنه في ذلك، وليس لأحد ولاية إدخال شيء في ملك آخر بدون رضاه، وحيث لم يثبت الملك للغائب بهذه البينة لم يثبت أيضاً ما يترتب عليها من دفع الخصومة عن المدعى عليه الحاضر [١].

وقد نوقش ذلك بأن مقتضى البينة شيئان: ثبوت الملك للغائب، ودفع الخصومة عن الحاضر، فنلغي المقتضى الأول لعدم وجود خصم عن الغائب، ونثبت الثاني لأن المدعى عليه خصم فيه للمدعي له إثباته بالبينة، وهما أمران منفكان عن بعضهما [٢].

وعندما يُقر المدعى عليه بالعين التي في يده لغيره، فإن هذا الغير قد يكون حاضراً، أو غائباً، فإن كان حاضراً وصدّق المدعي عليه، انصرفت الخصومة عنه وصار المُقرّ له هو الخصم [٣].

وإن كذب المُقر له المدّعى عليه تُرك المدّعى به في يده، وحينئذ لا تنصرف الخصومة، وقيل يُسلم إلى المدّعي إذ لا طالب له سواه، وقيل يحفظه الحاكم لظهور مالك[٤].

-شهاب الدين أحمد بن علي بن حجر، (ت٨٥٢هـ)، تقريب التهذيب، تقديم ومقابلة محمد عوّامة، دار الرشيد، سوريا، ط١، ١٤٠٦هـ-١٩٨٦م، ص٣٠٧).

(١) الزيلعي، عثمان بن علي الحنفي، (ت٧٤٣هـ)، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق لأبي البركات عبد الله بن أحمد النسفي (ت٧١٠هـ)، تحقيق أحمد عزو عناية، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٤٢٠هـ-٢٠٠٠م، ٣٦٣/٥، السرخسي، أبو بكر محمد بن أحمد بن أبي سهيل الحنفي، (ت٤٩٠هـ)، المبسوط، تحقيق: أبي عبد الله محمد حسن إسماعيل الشافعي، قدم له كمال عبد العظيم العناني، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٤٢٠هـ-٢٠٠١م، ٤٤/١٧.

(٢) قراعة، الأصول القضائية، ص٥١.

(٣) ابن حجر الهيتمي، أبو العباس أحمد بن محمد بن علي، (ت٩٧٤هـ)، تحفة المحتاج بشرح المنهاج، وهو شرح على كتاب منهاج الطالبين في فقه الإمام الشافعي للإمام أبي زكريا النووي (ت٦٧٦هـ)، ضبطه وصحّحه وخرّج آياته وأحاديثه عبد الله محمود محمد عمر، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٤٢١هـ-٢٠٠١م، ٤٥٢/٤، ابن أبي الدم، أبو إسحاق إبراهيم بن عبد الله الحموي الشافعي (ت٦٤٢هـ)، أدب القضاء، تحقيق: محمد مصطفى الزحيلي، ص١٢٩، ابن مفلح المقدسي، محمد (ت٧٦٣هـ)، الفروع، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، ط١، ١٤٢٤هـ-٢٠٠٣م، ٢٦١/١١، ٢٦٢، ابن يونس الحنبلي، مرعي ، غاية المنتهى في الجمع بين الإقناع والمنتهى، علق عليه محمد زهير الشاويش، مؤسسة دار السلام للطباعة والنشر، ط١، ٤٥٨/٣.

(٤) ابن حجر الهيتمي، تحفة المحتاج، ٤٥٢/٤، ابن مفلح، الفروع، ٢٦٢/١١.

وأما إن كان المُقر له غائبا، فذهب الشافعية في الأصح[١]، والحنابلة[٢]، وابن أبي ليلى[٣][٤]إلى انصراف الخصومة بمجرد الإقرار ولا حاجة للبينة؛ لأن المال بظاهر الإقرار للغائب [٥].

فإن كان للمدعي بينة قضى له بها، وسلم المدعى به له ويحلف معها على رأي [٦]؛ لأنه قضاء على غائب فيحلف المدعي يمين الاستظهار، وقيل: بل قضاء على حاضر فلا يمين [٧]. وقد علل ابن أبي ليلى انصراف الخصومة عن المدعى عليه بمجرد إقراره بملكية العين التي تحت يده لغيره الغائب، وأن يده ليست إلا يد حفظ؛ أن ذا اليد أقر بالملك لغيره، والإقرار يوجب الحق بنفسه دون احتياج لشيء آخر، لخلوه عن التهمة، وبذلك صارت يده يد حفظ لا ملك، فتندفع عنه الخصومة بمجرد إقراره [٨]، وقد نوقش ذلك بأن الإقرار متهم فيه لأنه يريد أن يحوّل حق الخصومة عن نفسه، وفي هذا إضرار بغيره، فلا يُصدق إلا ببينة [٩].

---

(١) ابن حجر الهيتمي، تحفة المحتاج، ٤/٤٥٢.

(٢) ابن النجار، تقي الدين محمد بن أحمد التوحي الحنبلي المصري (ت٩٧٢هـ)، منتهى الإرادات في جمع المقنع مع التنقيح وزيادات، دار العروبة، القاهرة، ٢/٦٠٢،ابن مفلح، الفروع، ١١/٢٦٤.

(٣) ابن أبي ليلى هو: محمد بن عبد الرحمن بن أبي ليلى يسار (وقيل: داود)، ابن بلال الأنصاري الكوفي، قاضي فقهي، من أصحاب الرأي، ولي القضاء والحكم بالكوفة لبني أمية، ثم لبني العباس، له أخبار مع الإمام أبي حنيفة حيث كانت بينهما وحشة يسيرة، توفي سنة ١٤٨هـ، انظر:ابن خلكان، أبو العباس شمس الدين بن أحمد بن محمد بن أبي بكر (ت٦٨١هـ)، وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان، تحقيق إحسان عباس، دار الثقافة بيروت، ٤/١٨٠، ١٨١، الزركلي،الاعلام، ٦/١٨٩).

(٤) الزيلعي، عثمان بن علي الحنفي، (ت٧٤٣هـ)، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق لأبي البركات عبد الله بن أحمد النسفي (ت٧١٠هـ)، تحقيق: أحمد عزو عنابة، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٤٢٠هـ-٢٠٠٠م، ٥/٣٦٣.

(٥) ابن حجر الهيتمي، تحفة المحتاج، ٤/٤٥٢.

(٦) ابن حجر الهيتمي، تحفة المحتاج، ٤/٤٥٢، ابن مفلح، الفروع، ١١/٢٦٤.

(٧) ابن حجر الهيتمي، تحفة المحتاج، ٤/٤٥٢.

(٨) الزيلعي، تبيين الحقائق، ٥/٣٦٣، شيخي زاده ، عبد الرحمن بن محمد بن سليمان الكليبولي الحنفي، ويعرف بدامادأفندي (ت١٠٧٨هـ)، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، خرج آياته وأحاديثه خليل عمران المنصور، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٤١٩هـ-١٩٩٨م، ٣/٣٧٠.

(٩) قراعة، الأصول القضائية، ص٥١.

وعند الحنفية لا تندفع الخصومة عن المدعى عليه إذا لم يُقم البينة على أن يده يد حفظ، حتى لو أقام البينة على الملك للغائب دون إثبات أن يده يد حفظ لم تندفع الخصومة وبالعكس تندفع [١].

ووجه ذلك أن المدعى عليه خصم بظاهر يده فلا تندفع عنه الخصومة إلا بإقرار المدعي نفسه أمام القاضي أن يد المدعى عليه ليست يد ملك، أو ببينة يقيمها المدعى عليه على ذلك، أو على إقرار المدعي بذلك [٢].

وعند الإمام أبي حنيفة –رحمه الله– يُشترط أن يكون الشهود عارفين الغائب، بوجهه ونسبه، أو بوجهه فقط، وأنه غير المدعي، سواء كان المدعى عليه معروفاً بالصلاح والتقوى، أو بالحيل والمخادعة، وتندفع الخصومة فيما إذا قال الشهود نعرف المالك الغائب بوجهه فقط، ولا نعرفه بنسبه وأنه غير المدعي؛ لأنهم أثبتوا بشهادتهم هذه وصول العين ليد المدعى عليه من غير المدعي، فتكون يده يد حفظ، فتندفع عنه الخصومة، وعلى المدعي أن يبحث عن خصمه المالك حتى يخاصمه مع واضع اليد، وإنما قبلت البينة من المدعى عليه على أي حال –الصلاح والحيل– لأن البينات حجة، متى قامت على شيء يجب العمل بها، ولا يجوز إبطالها بمجرد الوهم [٣].

وعند الإمامين محمد[٤] وأبي يوسف لابد من معرفة المدعي باسمه ووجهه، أما المعرفة بالوجه دون الاسم فلا تكفي [٥].

---

(١) ابن عابدين، قرة عيون الأخيار، ٦٦٢/١١.

(٢) قراعة، الأصول القضائية، ص٥١، ٥٢.

(٣) السرخسي، المبسوط، ٤٦/١٧، ابن نجيم، البحر الرائق، ٣٨٧/٧.

(٤) محمد هو: محمد بن الحسن بن مرقد، من موالي بني شيبان، أبو عبد الله، إمام بالفقه والأصول، أصله من قرية حرستة، في غوطة دمشق، وولد بواسط، ونشأ بالكوفة، قال عنه الشافعي:"لو أشاء أن أقول نزل القرآن بلغة محمد ابن الحسن لقلت، لفصاحته" له كتب كثيرة في الفقه والأصول، منها"المبسوط" و"الزيادات" والجامع الكبير" و"المخارج في الحيل" و"الموطأ" توفي سنة (١٨٩هـ). انظر: الزركلي، الأعلام، ٨٠/٦).

(٥)ابن نجيم، البحر الرائق، ٣٨٧/٧، ابن عابدين، قرة عيون الأخيار، ٦٦٣/١١، ٦٦٤.

ووجه ذلك أن الشخص لا يعتبر عارفاً للشخص إلا إذا عرف نسبه، وأما المعرفة بالوجه فليست معرفة، يدل على ذلك ما ورد عن رسول الله ﷺ أنه قال لرجل: (تعرف فلانا؟ قال: نعم، فقال: هل تعرف اسمه ونسبه؟ فقال: لا، فقال: إذاً لا تعرفه) [١].

ونوقش هذا بأن عدم المعرفة الواردة في الحديث هي المعرفة التامة لا عدم أصل المعرفة، وشهود المدعى عليه قد شهدوا بأن العين المدعاة قد وصلت إلى المدعى عليه من غير المدعي، وهذا كاف في دفع الخصومة عن المدعى عليه، وعلى المدعي بعد ذلك أن يبحث عن خصمه الحقيقي حتى يطالبه بحقه بحضور صاحب اليد [٢].

ثم إن الإمام أبا يوسف فرق بين أن يكون المدعى عليه معروفاً بالصلاح والتقوى، أو بالحيل، فإن كان صالحاً تندفع الخصومة بعد أن يقيم البينة، وإن كان معروفاً بالحيل فلا تندفع عنه الخصومة وإن أقام البينة؛ لأن المحتال يأخذ مال غيره غصباً ويدفعه سراً إلى غريب يريد أن يغيب عن البلد، ويواعده أن يرده إليه على رؤوس الأشهاد ليمكنه الإشهاد على أن هذا الشيء أودعه غيره عندما يدعيه صاحبه فيضيع بذلك ماله [٣].

ومحل هذا كله عند الحنفية إذا ادعى ذو اليد أن الملكية في العين لغيره وأنها بيده للحفظ فقط، أما إذا قال ابتعتها من فلان الغائب لم تندفع عنه الخصومة؛ لأنه معترف بكون يده يد ملك، وحيث كان كذلك فهو خصم لمدعي الملكية [٤].

ومحل هذا أيضاً إذا ادعى المدعي ملكاً مطلقاً ولم يدع فعلاً، فإن ادعى فعلاً، فإما أن يدعي الفعل على غير المدعى عليه، وإما أن يدعي الفعل عليه، فإن ادعى الفعل على غير المدعى عليه بأن قال: هذا ملكي غصبه مني فلان، اندفعت الخصومة عن المدعى عليه إن

---

(١) البيهقي، السنن الكبرى، كتاب آداب القاضي، باب من يرجع إليه في السؤال، ٢١٣/١٠، الطبراني، أبو القاسم سليمان بن أحمد (ت٣٦٠هـ)، المعجم الكبير، حققه وخرج أحاديثه حمدي عبد الحميد السلفي، ط٢، ٣٢١/١٢، أبو داود، سليمان بن الأشعث السجستاني (ت٢٧٥هـ)، المراسيل، حققه وعلق عليه وخرج أحاديثه شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط١، ١٤٠٨هـ-١٩٨٨م، باب ما جاء في التعديل، ٢٨٩/١ ، الهيثمي، نور الدين علي بن أبي بكر (ت٨٠٧هـ)، مجمع الزوائد ومنبع الفوائد، دار الريان للتراث، القاهرة، دار الكتاب العربي، بيروت، ١٤٠٧هـ-١٩٨٧م، وقال الهيثمي: فيه دينار قهرمان آل الزبير وهو متروك، ١٨٦/٨، انظر: تبيين الحقائق، ٣٦٥/٥.

(٢) قراعة، الأصول القضائية، ص٥٣.

(٣) ابن عابدين، تبيين الحقائق، ٣٦٤/٥، ٣٦٥.

(٤) الكاساني، بدائع الصنائع، ٤٤٢/٨، ابن نجيم، البحر الرائق، ٣٩٥/٧.

أقام البينة على أن يده يد حفظ، وأن المدعى به ليس له، ويجري على هذه المسألة ما جرى من خلاف فيما لو ادعى ملكاً مطلقاً، أما إذا ادعى فعلاً على ذي اليد، بأن قال: هذه داري، أو دابتي أودعتكها، أو غصبتها مني، أو استأجرتها مني، وقال ذو اليد: إنها لفلان الغائب أودعنيها، أو غصبها منه، ونحو ذلك، وأقام البينة على ذلك لا تندفع الخصومة عنه، ووجه الفرق أن ذا اليد في دعوى الملك المطلق إنما يكون خصماً بيده، فلو لم يكن المدعى به في يده لم يكن خصماً، فإذا أقام البينة على أن اليد لغيره، كان الخصم ذلك الغير وهو الغائب، وأما في دعوى الفعل، فإنما يكون خصماً بفعله لا بيده، فالخصومة متوجهة عليه بدون يده، وإن كان خصماً بفعله فلا يتبين بالبينة أن الفعل لم يكن منه، فبقي خصماً [١].

ولو ادعى فعلاً ولم يسمِّ فاعله، بأن قال: غُصبت مني، أو أُخذت مني، فأقام ذو اليد بينة على الإيداع تندفع الخصومة؛ لأنه ادعى الفعل على مجهول، وأنه باطل، فالتحق بالعدم، فبقي دعوى ملك مطلق [٢].

ولو قال: سُرق مني، فالقياس أن تندفع الخصومة، كما في الغصب والأخذ، وهو قول محمد وزفر [٣]؛ لأنه لم يدّعِ الفعل على ذي اليد بل على مجهول، فصار كما لو قال غُصبت مني، وفي الاستحسان لا تندفع وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف؛ لأن ذكر الفعل يستدعي الفاعل لا محالة والظاهر أنه ذو اليد، إلا أنه لم يعينه درأ للحد عنه، فصار كأنه قال: سرقتَه مني، بخلاف الغصب فإنه لا حد فيه فلو قضى عليه ثم حضر الغائب فأقام البينة تقبل، لأنه لم يصر مقضياً عليه وإنما قضى على ذي اليد فقط [٤].

ولو قال المدعي: هذه الدار كانت لفلان فاشتريتها منه، وقال الذي ذو اليد أودعنيها فلان ذلك، تندفع عنه الخصومة من غير إقامة بينة؛ لأنهما اتفقا على أن أصل الملك للغائب

---

(١) الكاساني، بدائع الصنائع، ٤٤٢/٨، ابن نجيم، البحر الرائق، ٣٩٤/٧، ٣٩٥.

(٢) الكاساني، بدائع الصنائع، ٤٤٢/٨.

(٣) زفرهو: زفر بن الهذيل بن قيس، من تميم، أبو الهذيل، فقيه كبير، من أصحاب الإمام أبي حنيفة، أصله من أصبهان، أقام بالبصرة، وولي قضاءها وتوفي فيها، وهو أحد العشرة الذين دوّنوا"الكتب" جمع بين العلم والعبادة، وكان من أصحاب الحديث فغلب عليه"الرأي"، وهو قياس الحنفية، توفي سنة (١٥٨هـ). انظر: الزركلي، الأعلام، ٤٥/٣).

(٤) شيخيّ زاده، مجمع الأنهر، ٢٧١/٢، ٢٧٢، الكاساني، بدائع الصنائع، ٤٤٢/٨.

حتى لو أقام المدعي البينة على أنه اشترى الدار من فلان ذلك [١]، ولكن لو أقام المدعي البينة على أن فلاناً هذا وكله بقبضه لا تندفع الخصومة؛ لأنه أثبت ببينته كونه أحق بإمساكها [٢].

ومحل ما ذكر سابقاً كله إذا كانت العين قائمة، أما إذا هلكت فلا تندفع الخصومة بدعوى هذه الأشياء؛ لأن المدعي في هذه الحالة يدعي الدين في ذمته [٣].

الحالة الثانية: وتندفع الدعوى لعدم صفة المدعى عليه فيها عندما توجه إلى من ليس خصماً بذاته ولا نيابة عن غيره، كأن يدفع المدعى عليه بفسخ عقد الوكالة الذي كان قائماً بينه وبين موكله، أو أن ولايته أو وصايته على الصغير انتهت قبل رفع الدعوى ببلوغه [٤].

ثانياً: ومن صور الدفع بعد الخصومة أن يدفع المدعى عليه بالإبراء: بأن يقول أن المدعي قد أبرأه من الدعوى بالحق المطلوب، أو أبرأه من جميع الدعاوى [٥]، أو أقر بأن ليس له عند المدعى عليه حقاً مطلقاً [٦].

وهذا الدفع جائز عند الحنفية [٧]، وعند الحنابلة فالمذهب صحته [٨].

وعند الشافعية وجهان: وجه بجوازه؛ لأن المدعي لو أقر برئ المدعى عليه، ووجه اختاره القفال [٩] والغزالي [١] بعدم جوازه لأن المدعى عليه منكر لدعواه [٢]، وادعى الروياني [٣] أن المذهب تحليف المدعي أي قبول هذا الدفع [٤].

---

(١) الكاساني، بدائع الصنائع، ٤٤٢/٨، ٤٤٣، ابن نجيم، البحر الرائق، ٣٩٥/٧.

(٢) ابن نجيم، البحر الرائق، ٣٩٥/٧.

(٣) الشلبي، الإمام الشلبي، حاشية الشلبي على تبيين الحقائق، تحقيق: احمد عزّو عناية، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٤٢١هـ-٢٠٠١م، ٣٦٣/٥، ابن عابدين، قرة عيون الأخيار، ٦٦٧/١١.

(٤) ياسين، نظرية الدعوى، ٥٩٢.

(٥) ابن نجيم، البحر الرائق، ٣٤٧/٧، النووي، روضة الطالبين، ٢٩٢/٨، ابن مفلح، الفروع، ٢٠٢/١١.

(٦) حيدر، علي، أصول استماع الدعوى الحقوقية، مجموعة مقالات نشرت في الجريدة الرسمية، مطبعة الترقي، دمشق، ١٣٤٢هـ-١٩٢٣م، ص١٩٠.

(٧) ابن نجيم،البحر الرائق، ٣٤٧/٧.

(٨) ابن مفلح، الفروع، ٢٠٢/١١.

(٩) القفال هو: عبد الله بن أحمد المروزي، أبو بكر القفال، فقيه شافعي، كان وحيد زمانه فقهاً، وحفظاً، وزهداً، له شرح فروع محمد الحداد المصري في الفقه، وكانت صناعته عمل الأقفال، قبل أن يشتغل في الفقه، وربما قيل له القفال الصغير للتميز بينه وبين القفال الشاشي (محمد بن علي). وقد توفي القفال الصغير سنة (٤١٧هـ). (ابن قاضي شهبة، أبو بكر أحمد بن محمد بن عمر بن محمد تقي الدين-

ثالثاً: أن يدفع المدعى عليه بنقصان أهليته، أو أهلية خصمه:

اتفق الفقهاء على أنه يشترط لصحة الدعوى أهلية كل من المدعي والمدعى عليه (٥)، إلا أنهم اختلفوا في بعض التفصيلات :

فعند الحنفية لا تصح دعوى المجنون والصبي الذي لا يعقل، وكذا لا تصح الدعوى عليهما، وأما الصبي المميز فإن كان مأذوناً له في الخصومة فدعواه وجوابه صحيحين، وإن لم يكن مأذوناً له فلا تصح كسائر عباراته الدائرة بين الضرر والنفع؛ لأن الخصومة من التصرفات التي يصح فيها الإذن دون الإجازة صيانة للقضاء عن البطلان (٦).

وعند المالكية تصح الدعوى من الصبي والمحجور عليه، ولا يمنع من ذلك في حضور وصيّه أو غيبته (٧)، ولكن لا تسمع الدعوى على من لا يصح إقراره، فلا تسمع على

=الدمشقي، طبقات الشافعية، تصحيح الحافظ عبد العليم خان، رتّب فهارسه عبد الله أنيس الطباع، عالم الكتب، بيروت، ط١، ١٤٠٧هـ-١٩٨٧م، ١/١٨٢، ١٨٣، الأعلام، ٤/٦٦، ابن الصلاح، تقي الدين أبو عمر وعثمان بن عبد الرحمن الشهرزوري المعروف بابن الصلاح (ت٦٤٣هـ)، طبقات الفقهاء الشافعية، هذبه ورتّبه واستدرك عليه محيي الدين أبو زكريا النووي، بيّض أصوله ونقحه أبو الحجاج يوسف بن عبد الرحمن المزّي، حققه محيي الدين علي نجيب، دار البشائر الإسلامية، بيروت، ط١، ١٤١٣هـ-١٩٩٢م، ١/٤٩٦).

(١) الغزالي: هو محمد بن محمد الغزالي الطوسي، أبو حامد، فيلسوف، متصوف، ألف نحو مائتي مصنف، مولده ووفاته في الطابران بخراسان، من كتبه:"إحياء علوم الدين"، و"الاقتصاد في الاعتقاد"، و"الوقف والابتداء" في التفسير، و"البسيط" في الفقه، و"الوجيز" في فروع الشافعية، توفي سنة ٥٠٥، انظر: طبقات الشافعية، ص٢٩٣، ٢٩٤، الأعلام، ٧/٢٢، ٢٣،

(٢) النووي، روضة الطالبين، ٨/٢٩٢، ابن أبي الدم، أدب القضاء، ص١٧٣.

(٣) الروياني هو: عبد الواحد إسماعيل بن أحمد بن محمد بن أحمد، قاضي قضاة فخر الإسلام، أبو المحاسن الروياني، الطبري صاحب البحر وغيره، بَرَع في المذهب الشافعي، ولهذا كان يقال له شافعي زمانه، قتله الباطنية، ومن تصانيفه:"البحر"، و"الكافي"، و"الحلية"، ولد (٤١٥هـ) وتوفي (٤٥٢هـ) وقيل (٤٥١هـ). انظر: ابن شهبة، طبقات الشافعية، ١/٢٨٧.

(٤) النووي، روضة الطالبين، ٨/٢٩٢.

(٥) الكاساني، بدائع الصنائع، ٨/٤١١، الحطاب، مواهب الجليل، ٨/١٢٣، النووي، روضة الطالبين، ٧/٢٣٣، البهوتي، كشاف القناع، ٦/٤١٨، ٤١٩.

(٦) الكاساني، بدائع الصنائع، ٨/٤١١، ابن عابدين، قرة عيون الأخيار، ١١/٥٤٢.

(٧) الحطاب، مواهب الجليل، ٨/١٢٣، ١٢٤.

السفيه، وذلك في الدعوى بالديون والمعاملات من البيع والشراء والسلف، وأما إذا كانت الدعوى مما يلزمهما في أموالهما مثل ما يكون منها على العداء كاستهلاك الشيء أو غصبه، وكالجرح والقتل فإنه تسمع البينة من المدعي ويكلف بإثبات دعواه [١].

وعند الشافعية لا تصح الدعوى إلا من بالغ عاقل حالة الدعوى، فلا تسمع دعوى صبي ولا مجنون، وكذلك لا تسمع إلا على مكلف، ولكن يدخل في المكلف المحجور عليه للسفه والفلس والرق، فتسمع الدعوى عليهم فيما يصح إقرارهم به، فتسمع الدعوى على المحجور عليه بالسفه للقتل [٢].

وعند الحنابلة أيضاً لا تصح الدعوى إلا من المكلف الرشيد، وتصح على السفيه فيما يؤاخذ به حال سفهه وبعد فك حجره [٣].

واستناداً إلى شرط الأهلية في المتداعيين يستطيع المدعى عليه أن يدفع بعدم أهليته أو بعدم أهلية المدعي وبالتالي يدفع بعدم الخصومة.

جاء في كنز الراغبين شرح منهاج الطالبين:"لو قال المدعى عليه أنا صبي لم يحلف، ووقف الأمر حتى يبلغ فيُدعى عليه" [٤].

رابعاً: الدفع بعدم صفة المدعي في رفع الدعوى:

يشترط لصحة الدعوى أن ترفع من شخص له صفة في رفعها، ويتحقق ذلك في الحالات الآتية [٥]:

أ-إذا كان المدعي يطلب الحق لنفسه، بأن يكون أصيلاً في الدعوى [٦].

ب-إذا كان المدعي يطلب الحق لغيره بكونه نائباً عنه، بأن يكون وليه، أو وصيه، أو وكيله [١].

---

(١) ابن فرحون، تبصرة الحكام، ١/١٥٩.

(٢) الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، ٤/١١٠.

(٣) البهوتي، كشاف القناع، ٦/٤١٨، ٤١٩، ابن النجار، منتهى الإرادات، ٢/٦٢٨.

(٤) المحلي، جلال الدين محمد بن أحمد، كنز الراغبين شرح منهاج الطالبين للإمام النووي في فقه الشافعية، ضبطه وصححّه وخرّج آياته وأحاديثه عبد اللطيف عبد الرحمن، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٤١٧هـ-١٩٩٧م، ٤/٥٢١.

(٥) ياسين، نظرية الدعوى، ص٢٧٩-٢٨٠.

(٦) ابن فرحون، تبصرة الحكام، ١/١٦٤.

ج-ويتحقق هذا الشرط في الدائن الذي يرفع لمدينه دعوى يطالب فيها بحقوقه، وذلك ليحصل على ثمارها وفاءً لدينه، فيحافظ بذلك على أموال مدينه من الضياع [٢].

جاء في تحفة المنهاج:"أن من يدعي حقاً لغيره وليس وكيلاً، ولا ولياً لا تسمع دعواه، ومحله إن كان يدعي حقاً لغيره غير منتقل إليه، بخلاف ما إذا كان منتقلاً منه إليه، أي إذا كان عيناً لمدينه له بها تعلق" [٣].

د-ويتحقق هذا الشرط في كل مسلم بالنسبة لدعاوى الحسبة التي يطالب فيها بحق من حقوق الله [٤].

وبناء على ما ذكر، يستطيع المدعى عليه أن يدفع بعدم الخصومة عند عدم تحقق شرط الصفة في المدعي.

خامساً: الدفع بكون الدعوى ليس لها غرض صحيح:

يشترط الفقهاء لصحة الدعوى، ومن ثم قبولها وجود غرض صحيح من رفعها على فرض ثبوتها. فعند الحنفية يشترط أن تكون الدعوى ملزمة شيئاً على الخصم بعد ثبوتها، وإلا كانت عبثاً، كما إذا ادعى التوكيل على موكله، فإنها لا تسمع لإمكان عزله [٥].وعند المالكية يجب أن تكون الدعوى ذات غرض صحيح بحيث يترتب عليها نفع شرعي [٦].وعند الشافعية لابد أن يذكر المدعي أنه تضرر في بدنه بملازمته له، أو في ملكه بمنعه من التصرف فيه، أو في جاهه بشياع ذلك عليه، فتسمع ويشترط بيان ما تضرر به من الوجوه [٧]، لذلك لو حضر

---

(١) ابن فرحون، تبصرة الحكام، ١٨٦/١، ابن حجر الهيتمي، تحفة المحتاج، ٤٤٤/٤.

(٢) ياسين، نظرية الدعوى، ص٢٨٠.

(٣) ابن حجر الهيتمي، تحفة المحتاج، ٤٥٣/٤.

(٤) ياسين، نظرية الدعوى، ص٢٨٢.

(٥) ابن عابدين، قرة عيون الأخيار، ٥٥٠/١١، الجارم، محمد صالح بن ابراهيم، المجاني الزهرية على الفواكه البدريّة، مطبعة النيل بمصر، ١٠٧.

(٦) ابن فرحون، التبصرة، ١٥٢/١، القرافي، أبو العباس أحمد بن إدريس عبد الرحمن الصنهاجي (ت٦٨٤هـ)، الفروق أنوار البروق في أنواء الفروق، دراسة وتحقيق مركز الدراسات وتحقيق مركز الدراسات الفقهية والاقتصادية محمد أحمد السراج وعلي جمعة محمد، دار السلام، القاهرة، ط١، ١٤٢١هـ-٢٠٠١م، ١٢٠٩/٤، فرق رقم ٢٣١.

(٧) السيوطي، جلال الدين عبد الرحمن (ت٩١١هـ)، الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٤٠٣هـ-١٩٨٣م، ٥٠٧/١، ٥٠٨.

رجلان وادعى كل منهما داراً وأنها في يده لم تسمع الدعوى، فإن قال أحدهما: هي في يدي، وهذا يعترض عليّ فيها بغير حق، أو يمنعني من سكناها سُمعت.

وعند الحنابلة: تصح الدعوى بالقليل، ولو لم تتبعه الهمة، ويجب أن تكون الدعوى متعلقة بالحال، فلا تصح بمؤجل لإثباته [١]، وهذا يدل على وجوب كون الدعوى ذات نفع للمدعي على فرض ثبوتها، وإن قل هذا النفع.

وبناء على ما ذكر يستطع المدعى عليه أن يدفع دعوى المدعي بعدم وجود غرض صحيح من ورائها، وبالتالي إن ثبت ذلك اندفعت الخصومة عنه [٢].

سادساً: الدفع بمرور الزمن (التقادم):

إن مرور الزمان في اصطلاح الفقهاء عبارة عن منع سماع الدعوى بعد أن تركت مدة معلومة، ووجه ذلك منع التزوير والتحيل؛ لأن ترك الدعوى زماناً مع التمكن من قيامها يدل على عدم الحق ظاهراً [٣].

ومنع سماع الدعوى بمرور الزمن ليس مبنياً على بطلان الحق في ذلك، وإنما هو مجرد منع للقضاة عن سماع الدعوى مع بقاء الحق لصاحبه، فلو أقر به الخصم فإنه يلزمُه [٤]، ولذلك فإن الحيازة لا تنقل الملك وإنما تدل عليه [٥]. ومحل هذا حقوق العباد، أما حق الله فلا يفوت بالحيازة ولو طالت المدة، كحيازة طريق المسلمين، أو قطعة منها فلا يمكن ولو طال الزمان، وتقبل الشهادة بها، ولو طال الزمان أيضاً [٦].

---

(١) ابن يونس، غاية المنتهى، ٣/٤٤٨، ابن النجار، منتهى الارادات، ٢/٥٩١.

(٢) ياسين، نظرية الدعوى، ص٥٩٤.

(٣) الجارم، الفواكه البدرية، ص١٠٨، رستم، سليم رستم باز، شرح مجلة الأحكام العدلية، المطبعة الأدبية، بيروت، ط٣، ١٩٢٣م، ص٩٨٣.

(٤) رستم، شرح مجلة الأحكام، ص٩٨٣.

(٥) النفراوي، أحمد بن غنيم بن سالم بن مهنّى الأزهري المالكي (ت١١٢٦هـ)، الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني (ت٣٨٦هـ)، ضبطه وصححه وخرّج آياته وأحاديثه عبد الوارث محمد علي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٤١٨هـ-١٩٩٧م، ٢/٤٠١.

(٦) النفراوي، الفواكه الدواني، ٢/٤٠٢.

هذا وقد اختلف الفقهاء في تعيين المدة التي لا تسمع بعدها الدعوى، فجعلها بعضهم ستاً وثلاثين سنة، وبعضهم ثلاثاً وثلاثين سنة، وبعضهم ثلاثين سنة، وبعضهم عشر سنين [١].

والظاهر أن مرور الزمان مبني على أمرين هما: الأول: حكم اجتهادي نص عليه الفقهاء، والثاني: أمر سلطاني يجب على القضاة اتباعه [٢].

وبناء على ما ذكر فلو أقام شخص دعوى يطالب فيها بدار له، وكان قد مضى زمان طويل والدار في يد المدعى عليه، فيستطع المدعى عليه أن يدفع الدعوى بعدم الخصومة لمرور الزمان.

---

(١) ابن الشحنة، أبو الوليد إبراهيم بن أبي اليمن محمد بن أبي الفضل محمد بن أبي الوليد الحنفي (ت٨٨٢هـ)، لسان الحكام في معرفة الأحكام، مطبعة جريدة البرهان، ١٨٨١م، ص٢٠، الجارم، الفواكه البدرية، ص١٠٨، رستم، الفواكه الدواني، ٢/٤٠١، رستم، شرح مجلة الأحكام، ص٩٨٣.

(٢) رستم، شرح مجلة الأحكام، ص٩٨٣.

المطلب الثاني: أحكام الدفع في الفقه الإسلامي:

وضع الفقهاء المسلمون أحكاماً للدفع، الأمر الذي يدل على دقتهم، ودقة القضاء الإسلامي في هذه المسألة، وأهم الأحكام التي ذكروها:

أولاً: وقت الدفع:

أولاً: الدفع الموضوعي: وهو الذي يُقصد به إبطال دعوى المدعي، حيث يتعرض فيه لصدق المدعي وكذبه.

يصح الدفع عند الحنفية قبل إقامة البينة وبعدها، وقبل الحكم وبعده [١]. والمختار عندهم أنه يصح قبل الاستمهال وبعده إلا في ثلاث: إذا قال لي دفع ولم يبين وجهه فلا يُلتفت إليه. الثانية: لو بيّنه لكن قال بينتي غائبة عن البلد، لم تقبل. الثالثة: لو بيّن دفعاً فاسداً [٢]. وقبول الدفع بعد الحكم لا يتنافى مع القول أن الدعوى متى فصلت بالوجه الشرعي مستوفية شروطها الشرعية لا تنقض ولا تعاد؛ لأن هذا محله إذا لم يزد المدعي على ما صدر منه أولاً شيئاً، ولم يأتِ المدعى عليه بدفع صحيح، وذلك لأن نقضها حينئذ يكون بلا موجب، وإعادتها عبث، وكلا الأمرين لا يجوز [٣]، ولذلك فإنه يشترط لقبول الدفع بعد الحكم شرطان، هما:

الأول: أن يبرهن الدافع على بطلان القضاء الأول، وذلك كما إذا ادعى المدعي داراً بالإرث من أبيه، وبرهن على ذلك، وحُكم له فيها، وبعد الحكم ادعى المدعى عليه أنه اشترى هذه من مورث المدعي، فهنا يقبل الدفع؛ لأنه متى ثبت سيؤدي إلى نقض الحكم الأول وبطلانه [٤].

الثاني: ألا يمكن التوفيق بين دفع المدعى عليه والدعوى الأصلية، فلو أمكن التوفيق بينهما لم يقبل الدفع بعد الحكم وقُبل قبله، كما لو برهن المدعى عليه بعد الحكم أن المدعي أقر

---

(١) ابن قاضي سماونة، محمود بن إسرائيل ، جامع الفصولين، المبطعة الكبرى الميرية، مصر، ط١، ١٣٠٠هـ، ١١٣/١، ابن عابدين، محمد أمين عابدين بن عمر عابدين الدمشقي الحنفي، منحة الخالق على البحر الرائق، وهي مطبوعة مع البحر الرائق، ضبطه وخرج آياته وأحاديثه زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، ط١، ١٤١٨هـ-١٩٩٧م، ٣٥١/٧، حيدر، درر الحكام، ٦٩٣/٤، مادة ١٨٤٠.

(٢) ابن عابدين، قرة عيون الأخيار، ٦٥٩/١١.

(٣) قراعة، الأصول القضائية، ص٥٧.

(٤) ابن عابدين، منحة الخالق على البحر الرائق، ٣٩٣/٣، قراعة، الأصول القضائية، ٥٧.

قبل الدعوى أنه لا حق له في الدار، فإنه لا يبطل الحكم، لإمكان التوفيق بأنه اشترى الدار من المدعى عليه بخيار، فلم يملكه في ذلك الزمان، ثم مضت مدة الخيار وقت الحكم فملكها، فلما احتمل هذا لم يبطل الحكم بالشك، ولكن لو برهن قبل الحُكم تُقبل ولا يُحكم، إذ الشك يمنع الحكم ولا يرفعه [١].

وتجدر الإشارة إلى أن هناك قولاً عند الحنفية بعدم جواز الدفع بعد الحكم [٢].

وعند المالكية: يُقبل الدفع قبل الحكم ولو بعد أن يقيم المدعي البينة، ولكن قبوله بعد البينة مُقيد بما إذا لم يتقدم منه إنكار للحق، فإذا تقدم منه ذلك وثبت عليه الحق بالبينة فلا يُسمع دفعه، ولو أتي بالبينة؛ لأنه أكذب دفعه.

قال ابن القاسم [٣]، وبه العمل، وقال أشهب [٤]: يسمع دفعه وله تحليف المدعي، وروي ذلك عن مالك -رحمه الله-، وروي عن عمر في هذا أنه قال:"بينة عادلة خير من يمين فاجرة" [٥].

---

(١) ابن قاضي سماونة، جامع الفصولين، ١/١١٣، قرة عيون الأخيار، ١١/٦٦٢.

(٢) مباحث المرافعات، لزيد الأبياني، ص٤٨، نقلاً عن نظرية الدعوى، ٦١١.

(٣) ابن القاسم هو: عبد الرحمن بن القاسم بن خالد بن جنادة العتقي المصري، أبو عبد الله، ويعرف بابن القاسم، ففيه جمع بين الزهد والعلم، تفقه بالإمام مالك ونظرائه، مولده ومماته بمصر، من كتبه:"المدونة" ستة عشر جزءاً، وهي من أجل كتب المالكية، رواها عن الامام مالك، توفي سنة ١٩١ه، انظر: ابن فرحون، برهان الدين إبراهيم بن علي بن محمد اليعمري المدني المالكي، الديباج المذهب في معرفة أعيان المذهب، دار الكتب العلمية، بيروت، ص١٤٦، ١٤٧، الزركلي، الأعلام، ٣/٣٢٢.

(٤) أشهب هو: أشهب بن عبد العزيز بن داود القيسي العامدي الجعدي أبو عمرو، فقيه الديار المصرية في مصر، كان صاحب الإمام مالك، قال الشافعي: ما أخرجت مصر أفقه من أشهب لولا طيش فيه، قيل اسمه: مسكين وأشهب لقب له، مات بمصر (١٤٥-٢٠٤هـ). انظر: العسقلاني، أبو الفضل أحمد بن حجر شهاب (ت٨٥٢هـ)، تهذيب التهذيب، حققه وعلق عليه مصطفى عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٤١٥هـ-١٩٩٤م، ١/٣٢٥، ٣٢٦، الزركلي، الأعلام، ١/٣٣٣).

(٥) ابن فرحون، تبصرة الحكام، ١/١٦٥، الآبي، صالح عبد السميع الأزهري، جواهر الإكليل شرح مختصر خليل في مذهب الإمام مالك، ضبطه محمد عبد العزيز الخالدي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٤١٨هـ-١٩٩٧م، ٢/٣٤١. والأثر أخرجه البخاري، أبو عبد الله محمد بن إسماعيل، صحيح البخاري، تحقيق: مصطفى البغا، دار ابن كثير، دمشق وبيروت، ط٣، ١٤٠٧هـ-١٩٨٧م، كتاب الشهادات، باب من أقام البينة العادلة أحق من اليمين الفاجرة، ٢/٩٥٢، والبيهقي في سننه الكبرى، باب البينة العادلة، بوب البيهقي بهذا الحديث، ١٠/٣٠٧.

وأما الدفع بعد الحكم، فقد اختلفوا في جوازه، وقسموا قيام المحكوم عليه بطلب فسخ الحكم عنه إلى وجوه، أهمها:

"الوجه الأول: إن كان قيامه على القاضي العالم العادل لم تسمع دعواه [(١)].

الثاني: إن كان قيامه لما اتصف به القاضي من جهل، أو جور، أو نسبه المدّعي إليه، فإن خالف الإجماع، أو القواعد بالنص الجلي، أو القياس يُنقض الحكم ويفسخ، كما لو حكم بأن الميراث كله للأخ دون الجدّ فهذا خلاف الإجماع؛ لأن الأمة كلها على قولين المال كله للجد، أو يقاسم الأخ [(٢)].

فإن كان القاضي ظالماً، فثلاثة أقوال: فسخ أحكامه مطلقاً، وهو قول ابن القاسم، وعدم الفسخ مطلقاً، واختاره القاضي إسماعيل [(٣)]، وقول ينظر فإن حكم بجور بيّن يُفسخ، وإن كان حكمه مبهماً لم يتبين فيه الجور والخطأ الصريح فيمضي الحكم ولا ينظر فيه.

الوجه الثالث: أن يأتي المحكوم عليه ببينة لم يعلم فيها، ففيها ثلاثة أقوال: قال ابن القاسم في (المدونة) يُسمع من بينته، فإن شهدت بما يوجب الفسخ فسخ، وقال سحنون [(٤)]: لا يسمع منها، وقال ابن المواز [(٥)]: إن قام بها عند ذلك القاضي نقضه، وإن قام بها عند غيره لم ينقضه.

الوجه الرابع: إن كان قيامه لعداوة بينه وبين القاضي، أو بينه وبين ابنه، أو بينه وبين الأبوين وجب الفسخ.

---

(١) ابن فرحون، تبصرة الحكام، ٩٤/١.

(٢) مرجع سابق،، ٨٧/١.

(٣) القاضي اسماعيل هو: إسماعيل بن إسحاق بن حماد بن زيد الجهني الأزدي، فقيه مالكي ولد في البصرة واستوطن بغداد وولي القضاء فيها، ثم ولي قاضي القضاة، من تآليفه"الموطأ"، و"أحكام القرآن"، و"المبسوط في الفقه"، و"الرد على أبي حنيفة"،"والرد على الشافعي" توفي سنة ٢٨٢هـ، انظر: ابن فرحون، الديباج المذهب، ص٩٢-٩٥، والزركلي، الأعلام، ٣١٠.

(٤) سحنون هو: عبد السلام بن سعيد بن حبيب التنوخي الملقب بسحنون، قاضٍ فقيه كان زاهداً لا يهاب سلطاناً فيها، روى المدونة في فروع المالكية عن ابن القاسم عن الإمام مالك، توفي سنة ٢٤٠هـ، انظر: ابن فرحون، الديباج المذهب ، ص١٦٠-١٦٦، الزركلي، الأعلام، ٥/٤.

(٥) ابن المواز هو: محمد بن إبراهيم بن زياد المواز أبو عبد الله فقهي مالكي من أهل الإسكندرية، انتهت إليه رياسة المذهب في عصره من تصانيفه:"الموازنة" في فقه الإمام مالك، توفى سنة ٢٦٩هـ وقبل ٢٨١هـ، انظر: ابن فرحون، الديباج المذهب، ص٢٣٢-٢٣٣.

الوجه الخامس: أن ينسب إلى القاضي التقصير في الكشف عن الشهود، ويأتي بما يوجب سقوط شهادة من شهد عليه، فإن أثبت جرحهم بفسق ففي نقض الحكم قولان لمالك – رحمه الله–، وبالنقض قال ابن القاسم، وبعدمه قال أشهب وسحنون.

الوجه السادس: أن يقول المحكوم عليه: كنت أغفلت حجة كذا لم يُقبل منه، ولم ينتقض الحكم" (١).

وعند الشافعية: الذي يُفهم من أقوالهم قبول الدفع بعد قيام البينة وخلال مدة الإمهال التي طلبها المدعى عليه، فإذا انقضت مدة الإمهال ولم يأت ببينة، وجهان: وجه بقبول الدفع وتحليف المدعي، ووجه باستيفاء الحق المدّعى به، ثم إن شاء المدعى عليه حلّف المدعي لأنها دعوى جديدة، والصحيح الأول.

وأما بعد الحكم فلا يقبل الدفع خلافاً لما اختار الأذرعي (٢)، والبلقيني (٣)، والزركشي(٤)، من قبول الدفع بعد الحكم، وبالتالي تحليف المحكوم له؛ لأنه لو أقرّ به لانتفع بذلك المدعى عليه، ومحل هذا عندهم إذا لم يكن المدعي قد حلف مع شاهده، أو حلف يمين الاستظهار وإلا لم يقبل الدفع بعد الحكم (٥).

وعند الحنابلة: إذا قال المدعى عليه بعد ثبوت الدعوى ببينة: قضيته، أو أبرأني ولي بينة به، وسأل الأنظار، لزم انظاره ثلاثة أيام، وللمدعي ملازمته، هذا ما لم يكن قد أنكر سبب

---

(١) ابن فرحون، تبصرة الحكام، ٩٤/١.

(٢) الأذرعي هو: أبوالعباس شهاب الدين أحمد حمدان الأذرعي، ولد بأذرعات بالشام، وتفقه بالقاهرة، وولي نيابة القضاء، وكان سريع الكتابة، شديد الخوف من الله، ومن تصانيفه:"التوسط والفتح بين الروضة والشرح"، و"شرح المنهاج"، شرحين: أحدهما:"غنية المحتاج" والثاني:"قوت المحتاج"، وفي كل منهما ما ليس في الآخر، توفي سنة ٧٨٣هـ. انظر: الزركلي، الأعلام ، ١١٩/١.

(٣) البلقيني هو: عمر بن رسلان بن صالح الكناني، العسقلاني الأصل ثم البلقيني المصري الشافعي أبو حفص سراج الدين، ولد في بلقينة بمصر، وولي قضاء الشام، وتوفي بالقاهرة، ومن تصانيفه:"تصحيح المنهاج" و"الملمات برد المهمات"، وحواشٍ على الروضة. انظر: ابن قاضي شهبة، طبقات الشافعية، ٣٦/٤-٤٢، الزركلي، الأعلام، ٤٦/٥.

(٤) الزركشي هو: محمد بن بهادر بن عبد الله الزركشي، أبو عبد الله بدر الدين، عالم بفقه الشافعية والأصول والأدب، تركي الأصل، مصري المولد والوفاة، من تصانيفه:"البحر المحيط" في أصول الفقه، و"الديباج في توضيح المنهاج"، ولد (٧٤٥هـ-١٣٤٤م)، وتوفي (٧٩٤هـ-١٣٩٢م). انظر: ابن قاضي شهبة، طبقات الشافعية، ١٦٧/٣، ١٦٨، الزركلي، الأعلام، ٦٠/٦، ٦١.

(٥) النووي، روضة الطالبين، ٢٩٢/٨، ابن حجر الهيتمي، تحفة المحتاج، ٤٤٨/٤.

الحق، فأما إن أنكره، ثم ثبت فادعى قضاء، أو إبراءً سابقاً على إنكاره لم يقبل وإن أتى ببينة[1].

وأما بعد الحُكم فالذي يُفهم من أقوالهم أنه يجوز الدفع بعد الحكم إذا تضمن الدفع التجريح بالبينة، جاء في كشاف القناع:"لو جرح البينة بعد أداء الشهادة، أو جرحها مطلقاً بأن لم يغره لما قبل الشهادة، ولا لما بعدها لم يقبل تجريحه لها، لجواز كونه بعد الحكم، فلا يقدح فيه، وإن جرحها بأمر مفسق كان قبل أداء الشهادة، قُبل بالبينة، وبطل الحكم، لفقد شرطه وهو عدالة البينة" [2].

ولكن يشترط لقبول الدفع بعد الحكم بتجريح البينة أن يكون ما جرحهم به قد كان قبل أداء الشهادة، أما إذا جرحهم بأمر حصل بعد أداء الشهادة، أو جاء التجريح مطلقاً دون تحديد له بأنه قبل الأداء، أو بعده فلا يقبل التجريح.

ثانياً: الدفع بعدم الخصومة:

يُقبل الدفع بعدم الخصومة عند الحنفية قبل الحكم، وأما بعده فلا يقبل [3].

جاء في قرة عيون الأخيار:"ادعى ذو اليد وديعة، ولم يمكنه إثباتها حتى حُكم للمدعي، ونفذ حكمه، ثم برهن على الإيداع لا يُقبل، فلو قدم الغائب فهو على حجته" [4].

وتعليل ذلك: أن المدعى عليه إن لم يدّع الإيداع، أو ادعاه ولم يبرهن عليه لم يظهر أن يده ليست يد خصومة، فتوجهت عليه دعوى المدعي، وصح الحكم بها بعد إقامة البينة على الملك؛ لأنها قامت على خصم، ثم إذا أراد المدعى عليه أن يثبت الإيداع لا يمكنه؛ لأنه صار أجنبياً يريد إثبات الملك للغائب وإيداعه فلم تتضمن دعواه إبطال الحكم السابق، والدفع إنما يصح إذا كان فيه برهان على إبطال القضاء السابق [5].

وقد رأى الدكتور محمد نعيم ياسين أن هذا التعليل ليس كافياً؛ لأنه بثبوت الدفع بعد الحكم يتبين أن الدعوى رُفعت في وجه غير خصم شرعي، وأنها لم تكن مستوفية لجميع

---

(١) ابن النجار، منتهى الإرادات، ٦٠٣/٢.

(٢) البهوتي، كشاف القناع، ٤٥٠/٦.

(٣) ابن عابدين، منحة الخالق على البحر الرائق، ٣٩١/٧، ابن عابدين، قرة عيون الأخيار، ٦٥١/١١.

(٤) ابن عابدين، قرة عيون الأخيار، ٦٥٩/١١.

(٥) ابن عابدين، منحة الخالق على البحر الرائق، ٣٩١/٧، ابن عايدين، قرة عيون الأخيار، ٦٦١/١١.

شروطها الشرعية، فتكون غير صحيحة، وبالتالي يكون الحكم فيها غير صحيح، وبذا يتبين أن هذا الدفع يظهر بطلان القضاء السابق، وعليه ينبغي أن يكون مقبولاً [١].

وعند الشافعية يقبل الدفع بعدم الخصومة قبل إقامة البينة، أما بعد إقامتها فلا يقبل، فأولى ألاّ يقبل بعد الحكم، حتى لو أن المدعي أقام شاهداً، ثم ثانياً، فدفع المدعى عليه قبل شهادته بعدم الخصومة لم يقبل منه؛ لأنه مقصر بسكوته.

جاء في تحفة المحتاج:"ولو ادعى داراً في يد آخر وأقام شاهداً ثم ثانيا، فقال المدعى عليه قبل شهادته هي لزوجتي، سمع القاضي الشاهد الثاني وحكم بها للمدعي، ثم تدعي الزوجة عليه، والسبب في ذلك أنه مقصر بسكوته عن ذلك حتى سمعت الدعوى وشهادة الأول فلم يقبل منه الصرف للغير" [٢].

ثانيا: من له حقّ الدفع:

يصير المدعي في دفع الدعوى مدعى عليه، والمدعى عليه مدعيا، ولذلك لا يقبل الدفع ولا يصح من غير المدعى عليه [٣].

ومع ذلك فقد استثنى الفقهاء صوراً كثيرة أجازوا فيها لغير المدعى عليه أن يبدي الدفع ويثيره، والسبب في ذلك أن الدفع في الفقه الإسلامي دعوى،ولذلك لا بد أن يثار من قبل شخص له صفة في الدعوى، وهذه الصفة تتحقق بأحد أمرين: إما دفع خصومة المدعي عن نفسه، وإما إبطال دعواه ببيان أنها غير مستندة إلى حق مستحق الأداء، ويلحق بهذا كل متضرر بالحكم الصادر على المدعى عليه، وينطبق هذا عادة على من يصح أن يكون خصماً عن المدعى عليه [٤].

ومن أهم الصور التي ذكرها الفقهاء والتي يجوز إبداء الدفع فيها من غير المدعى عليه، ما يلي:

---

(١) ياسين، نظرية الدعوى، ٦١٢.

(٢) ابن حجر الهيتمي، تحفة المحتاج، ٤/٤٥٢.

(٣) ابن عابدين، قرة عيون الأخيار، ٦٥٩/١١، حيدر، أصول استماع الدعوى، ١٨٥.

(٤) ياسين، نظرية الدعوى، ٦٢٣.

أ-لو ادعى مدع على أحد الورثة، فبرهن الوارث الآخر -غير المدعى عليه- أن المدعي أقر بكونه مبطلاً في دعواه تسمع؛ لأن أحد الورثة ينتصب خصماً عن الباقين لهم وعليهم (١).

ب-في الاستحقاق: كما لو ادعى شخص مالاً على آخر، وأثبت دعواه وحكم له، فعلم بالأمر شخص ثالث، فادعى على المحكوم له أن هذا المال له واشتراه من هذا المحكوم له ثم باعه للمحكوم عليه، فإذا أثبت دعواه يكون قد دفع الدعوى بالاستحقاق، وهو بهذا يمنع رجوع المشتري عليه بالثمن (٢).

ج-في الكفالة بالأمر: إذا أراد الدائن الحكم على الكفيل بالأمر، وجاء الأصيل فدخل المحاكمة وادعى أنه قد دفع المبلغ المدعى به للدائن وأقام البينة، يقبل ذلك منه وتندفع الدعوى (٣).

ومحل هذا الذي ذكر من اقتصار الدفع على المدعى عليه، أو على من يتعدى إليه الحكم هو الدفع الموضوعي، والدفع بعدم الخصومة في دعوى العين بسبب كون يد المدعى عليه يد حفظ، أما الصور الأخرى للدفع بعدم الخصومة، كالدفع بعدم الأهلية، وعدم صفة المدعي، وغيره مما مر سابقا، فإن الحكم السابق لا يشملها، فيستطيع القاضي رد أي دعوى لم تتوافر فيها شروط صحتها، كما أن الحكم السابق باقتصار الدفع على المدعى عليه، أو على من يتعدى إليه الحكم لا يشمل الدعاوى التي يكون الحق في رفعها لأي مسلم، فالصفة متحققة في رفعها، ودفعها (٤).

ثالثا: أثر الدفع:

ذكر سابقاً أن المدعي يصير في دفع الدعوى مدعى عليه، والمدعى عليه مدعيا، لذا يكلف المدعى عليه -وهو مبدي الدفع- بالإثبات، ويكلف المدعي الأصلي -وهو المدعى عليه في الدفع- بالجواب على دعوى الدفع (٥).

---

(١) ابن عابدين، قرة عيون الأخيار، ٦٩٥/١١.

(٢) حيدر، أصول استماع الدعوى، ٨٩.

(٣) مرجع سابق، ٨٩.

(٤) ياسين، نظرية الدعوى، ٦٢٤، ٦٢٥.

(٥) السرخسي، المبسوط، ٣٨/١٧، ٣٩، ابن نجيم، البحر الرائق، ٣٤٣/٧، ابن فرحون، تبصرة الحكام، ١٩٤/١، النووي، روضة الطالبين، ٢٩٢/٨، البهوتي، كشاف القناع، ٤٣٤/٦.

ويثبت الدفع بإحدى الصور الأربع الآتية:

أ-بإقرار المدعي الأصلي، واعترافه [١].

ويكون الثبوت في هذه الحالة تاماً، أو غير تام.

مثال الثبوت التام: أن يدعي المدعي بدين قدره عشرون ديناراً مثلاً، فدفع المدعى عليه أنه وفى المبلغ كله، فأجاب المدعي بأنه أخذ المبلغ المدعى به كله، فهذا الدفع ثابت ثبوتاً تاماً، وفي هذه الحالة ترد دعوى المدعي كلها.

ومثال الثبوت غير التام: أن يدفع المدعى عليه في المثال السابق بأنه وفى المبلغ كله، فيقول المدعي بأنه لم يقبض إلا خمسة دنانير مثلاً، وأنكر الباقي، ففي هذه الحالة ترد الدعوى بالخمسة دنانير التي أقر بقبضها المدعي، ويكلف المدعى عليه بإثبات وفاء باقي المبلغ [٢].

ب-ويثبت الدفع بالبينة التي يقيمها المدعى عليه في حالة إنكار المدعي للدفع [٣].

ج-ويثبت الدفع بنكول المدعي عن اليمين [٤] عند من يقول بالنكول، وعند الآخرين ترد اليمين على الدافع، فإن حلف يثبت الدفع وتُرد الدعوى [٥].

د-ويثبت الدفع بإقرار شخص ثالث:

---

(١) حيدر، أصول استماع الدعوى، ص١٨٥.

(٢) حيدر، أصول استماع الدعوى، ١٨٦.

(٣) السرخسي، المبسوط، ٣٨/١٧، ٣٩، ابن فرحون، التبصرة، ١٩٤/١، البهوتي، منصور بن يونس بن صلاح الدين (ت١٠١٥هـ)، إرشاد أولي النهى بدقائق المنتهى، حاشية على منتهى الإرادات، تحقيق عبد الملك بن عبد الله بن دهيش، دار خضر، بيروت، ط١، ١٤٢١هـ-٢٠٠٠م، ١٤٦٧/٢.

(٤) حيدر، أصول استماع الدعوى، ص١٨٦.

(٥) ذهب الجمهور من المالكية، والشافعية، والحنابلة في قول إلى رد اليمين على المدعي، في حالة نكول المدعى عليه، وذهب الحنفية، والحنابلة في المشهور إلى أن اليمين لا ترد، ويقضى على المدعى عليه إذا نكل. انظر: الكاساني، بدائع الصنائع، ٤٢٨/٨، الدسوقي، حاشية الدسوقي، ٣٢/٦، النووي، روضة الطالبين، ٣٢٢/٨، البهوتي، كشاف القناع، ٤٢٩/٦، وانظر الأدلة ومناقشتها: الزحيلي، محمد الزحيلي، وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية في المعاملات المدنية والأحوال الشخصية، مكتبة المؤيد، مكتبة دار البيان، ط٢، ١٤١٤هـ-١٩٩٤م، ٣٨٩/١-٤٠٦، أبو البصل، عبد الناصر موسى أبو البصل، نظرية الحكم القضائي في الشريعة والقانون، دار النفائس، ط١، ١٤٢٠هـ-٢٠٠٠، ص٣١٣، ٣١٤.

مثال ذلك: قال أحدهم لمدينه أمرتك أن تدفع مالي عندك من الديون لزيد، فلم تدفعه فادفعه لي، فادعى المدعى عليه أنه دفع المبلغ المدعى به إلى زيد عملاً بأمر الدائن، فأحضر زيد وأقر بأنه قبض المبلغ، فحينئذ يثبت الدفع وترد الدعوى [١].

ما الحكم إذا أبدى المدعى عليه الدفع ولكنه طلب الإمهال للإثبات؟

ذهب الحنفية إلى أن المدعى عليه في هذه الحالة يؤجل ثلاثة أيام لإحضار البينة [٢].أما عند المالكية: إذا ادعى المدعى عليه بينة حاضرة أجل في إحضارها بقية يومه إلى الغد، ويؤجل في الغائبة بقدر ما يراه القاضي بعد رهنٍ؛ أو حميلٍ، فإن لم يأت بواحد منهما وطلب المدعي سجنه مكن منه [٣]، وقيل يمهل بقدر ما يراه الطالب [٤].

وكذلك عند الشافعية في الصحيح، وقيل: يُمهل يوماً واحداً فقط [٥]، ويمهل وجوباً بكفيل أو ترسيم إن خيف هربه [٦]، وعند الحنابلة أيضاً إن طلب المدعى عليه بعد إبدائه الدفع الإمهال لزم إمهاله، وللمدعي ملازمته [٧].

وإذا عجز المدعى عليه عن إثبات دفعه على الأصول، وحلف المدعي اليمين بطلب الخصم ، تعود دعوى المدعي الأصلية، أي أنه يرتفع دفع المدعى عليه، ويُرد، وفي هذا الفرض يكون في أصل الدعوى احتمالان:

الأول: أن يكون دفع الدعوى الذي أورده المدعى عليه متضمناً إقراره بأصل الدعوى، وعلى هذا الوجه يحكم القاضي بأصل الدعوى، فيعتبر المدعى عليه مقراً بالدعوى ويحكم عليه بمقتضى هذا الإقرار، مثال ذلك: ادعى المدعي بدين قدره كذا، فدفع المدعى عليه قائلا إن المدعي قد أبرأه من الدين، وعجز عن إثبات دفعه، وحلف المدعي على أنه لم يُبرئه، فعلى هذا الوجه عادت دعوى المدعي الأصلية، وأصل الدعوى ثابتة بإقرار المدعى عليه بالنظر

---

(١) حيدر، أصول استماع الدعوى، ص١٨٨.

(٢) ابن نجيم، البحر الرائق، ٣٤٦/٧.

(٣) ابن فرحون، تبصرة الحكام، ١٩٤/١.

(٤) المرجع السابق، ١٩٥/١.

(٥) النووي، روضة الطالبين، ٢٩٢/٨.

(٦) المحلي، كنز الراغبين شرح منهاج الطالبين، ٥١٤/٤.

(٧) ابن النجار، منتهى الإرادات، ٦٠٣/٢.

لأسلوب الدفع؛ لأن الدفع بالإبراء من مال هو إقرار بذلك المال، وعلى هذا تثبت دعوى المدعي بالإقرار [١].

والثاني: أن لا تكون دعوى المدعي ثابتة بالدفع المثار من قِبل المدعى عليه، حيث لا يكون دفع المدعي متضمناً للإقرار بالمدعى به، ومثال ذلك: الدفع بالإبراء من الدعوى أو من جميع الدعاوى [٢].

رابعاً: وجوه الدفع ودرجاته:

أولاً: وجوه الدفع:

أ-دفع الدعوى الصحيحة بدفع صحيح: ولا شبهة في جواز هذا الدفع [٣]، ومثال ذلك أن يدعي شخص على آخر بدين قدره كذا، فيدفع المدعى عليه بقضاء هذا الدين.

ب-دفع الدعوى الفاسدة بدفع صحيح:

الأصح عند الحنفية أن الدفع الصحيح للدعوى الفاسدة صحيح، وإن كان هناك قول بأن الدفع فاسد؛ لأنه مبني على فاسد، والبناء على الفاسد فاسد [٤].

ومع ذلك فالصحيح عند الحنفية أيضاً أن مدعي الدفع -وهو المدعى عليه- يُطالب بتصحيح الدعوى قبل إثبات دفعه [٥].

ولعل فائدة قبول دفع الدعوى الفاسدة بدفع صحيح أن الدفع إذا ثبت يكون كافياً في ردّ الدعوى كلياً، الأمر الذي يغني عن ردّ القاضي لها للفساد، ثم قبولها بعد التصحيح [٦].

ومثال دفع الدعوى الفاسدة بدفع صحيح: كما لو ادعى المدعي دون تعيين المدّعى به، فدفع المدعى عليه هذه الدعوى الفاسدة بقوله إن المدعي أبرأه من جميع الدعاوي، فيقبل هذا الدفع، وإذا ثبت دفعه تُرد الدعوى ولا يبقى للمدعي حق بإصلاح دعواه من فسادها [١].

---

(١) حيدر، أصول استماع الدعوى، ١٨٩.

(٢) حيدر، أصول استماع الدعوى، ١٨٩، ١٩٠، وانظر: النووي، روضة الطالبين، ٢٩٢/٨.

(٣) حيدر، أصول استماع الدعوى، ص٨٣، وانظر: الدغمي: محمد راكان ضيف الله، دعوى التناقض والدفع في الشريعة الإسلامية، دار عمار، دار الجيل، ط١، ١٤١١هـ-١٩٩١م، ص١٩١ وما بعدها.

(٤) ابن نجيم، البحر الرائق، ٣٩٢/٧.

(٥) نظام، وجماعة من علماء الهند، الفتاوى الهندية في مذهب أبي حنيفة، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط٤، ١٤٠٦هـ-١٩٨٦م، ٤/٣، ابن الشحنة، لسان الحكام، ص١٦.

(٦) ابن نجيم، انظر البحر الرائق، ٣٩٢/٧.

ومثال ذلك: المثال السابق أن يدعي شخص ملكاً مطلقاً، فيدفع المدعى عليه بشرائه من المدعي، ثم يدفع المدعي بإقالة الشراء، فيدفع المدعى عليه بإقالة الإقالة، فالدفع بإقالة الإقالة هو دفع من الدرجة الثالثة، وفي هذه الحالة ينظر في آخر دفع تم إبداؤه -وهو هنا الدفع بإقالة الإقالة- فيكلف المدعى عليه بإثباته، فإن أثبت رُدت الدعوى بأكملها، وإن عجز وحلف المدعي الأصلي، ننتقل إلى الدفع الذي قبله -وهو الدفع بإقالة الشراء-، ونكلف المدعي بإثباته، فإن أثبته ثبتت الدعوى، وإن عجز وحلف المدعى عليه، انتقلنا إلى الدفع الذي قبله -وهو الدفع بالشراء-، فإن أثبته المدعى عليه رُدّت الدعوى، وإن عجز انتقلنا إلى إثبات الدعوى الأصلية إن لم يكن الدفع متضمناً للإقرار.

خامساً: حجية الحكم الصادر بقبول الدفع:

إذا حكم القاضي بقبول الدفع الموجه إلى الدعوى الأصلية، فإن الدعوى تُرد، وبالتالي لو أعاد المدعي الدعوى عند قاضٍ آخر لا يحتاج المدعى عليه إلى إعادة الدفع، بل يثبت حكم القاضي الأول (١).

والدفع قد يكون مؤبداً، وقد يكون مؤقتاً:

أما الدفع المؤبد فهو الذي يؤدي إلى خلاص المدعى عليه من مطالبة المدعي خلاصاً كلياً، ومثاله إذا ادعى بمبلغ على آخر، فدفع المدعى عليه بأني أحلتك بهذا المبلغ على فلان، وقبل كلاكما بالحوالة، وأثبت دفعه بحضور المُحال عليه، فيكون بذلك قد دفع دعوى المدعي وخلص من مطالبته خلاصاً كلياً، وللمدعي أن يطلب المبلغ من المُحال عليه (٢).

وأما الدفع المؤقت فهو الذي يؤدي إلى خلاص المدعى عليه من مطالبة المدعي خلاصاً مؤقتاً، ومثاله: كما في المثال السابق، ولكن المدعى عليه يثبت دفعه في غياب المحال عليه، فيكون دفعه مؤقتاً وموقوفاً إلى حين حضوره، فإن حضر المحال عليه وأثبت المدعى عليه الحوالة يخلص من مطالبة المدعي خلاصاً كلياً، وكذلك دفع الدعوى في المسائل المخمسة يكون مؤقتاً (٣).

---

(١) ابن عابدين، قرة عيون الأخيار، ٦٦٤/١١.

(٢) قراعة، الأصول القضائية، ٩١.

(٣) المرجع السابق، ٩١.

سادساً: شروط الدفع:

بما أن الدفع دعوى، فإنه يشترط للدفع ما يشترط للدعوى، وأهم شروط الدعوى: شرط الأهلية في المتداعيين، والصفة في كل منهما، وشرط المصلحة، وتعيين المدعى به، ومعلوميته، وشرط كونها في مجلس القضاء، وشرط احتمال ثبوت المدعى به عقلاً وعرفاً (١)، ويشترط إضافة لذلك (٢):

أ-عدم التناقض: لأن التناقض يظهر كذب صاحبه، وعليه فإن كان الدفع متناقضاً مع كلام سابق صادر من المدعى عليه، لم يقبل الدفع، سواء كان الكلام صادراً في جواب الدعوى أو في دفع آخر سبق أن أبداه المدعى عليه أم كان صادراً خارج مجلس القضاء (٣).

جاء في لسان الحكام:"لو قال المدعى عليه عند سؤال القاضي إياه عن الدفع: لا دفع لي، ثم جاء بالدفع، فقد قيل يجب أن تكون المسألة على الخلاف بين أبي حنيفة ومحمد -رحمهما الله-" (٤).

ويفهم من هذا النص أن هناك قولاً عن الحنفية بعدم قبول الدفع إذا كان متناقضاً مع كلام صادر من المدعى عليه قبل إبدائه لهذا الدفع.

وفي التبصرة:"إذا ادعى الغريم القضاء، وكان قد تقدم منه إنكار للحق وثبت الحق عليه بالبينة فلا تسمع دعواه، ولو أتى بالبينة لأنه أكذبها"(٥).

وفي كشاف القناع:"لو أنكر المدعى عليه سبب الحق، ثم ادعى قضاءً، أو إبراءً سابقاً لإنكاره، لم يسمع وإن أتى ببينة قضاء" (٦).

ب-ويشترط لقبول الدفع أن يُراعى وقت إبدائه (٧).

فهناك من الفقهاء من اشترط لقبول الدفع أن يُبدي قبل الحكم، وأما بعده فلا يقبل، وبعضهم اشترط أن يُبدى قبل إقامة البينة (٨).

---

(١) انظر: ياسين، نظرية الدعوى، ٢٧٢.

(٢) انظر: ياسين، نظرية الدعوى، ٦٢٩-٦٣٠.

(٣) مرجع سابق،، ٦٢٩.

(٤) ابن الشحنة، لسان الحكام، ١٦.

(٥) ابن فرحون، تبصرة الحكام، ١٩٥/١.

(٦) البهوتي، كشاف القناع، ٤٣٢/٦.

(٧) ياسين، نظرية الدعوى، ٦٢٩.

(٨) انظر صفحة ٣٨-٤٣.

ج-وبعض الفقهاء اشترط لصحة الدفع، وقبوله أن يوجه لدعوى صحيحة كما مر سابقاً [١].

سابعاً: القاضي المختص بنظر الدفوع:

بما أن الدفع موجه من المدعى عليه إلى الدعوى الأصلية، فإن المنطق الفقهي يقضي بأن يكون داخلاً في اختصاص القاضي الناظر للدعوى الأصلية؛ لأن الحكم فيها متوقف على الحكم في الدفع الموجه إليه، ثم إن الدفع صورة من صور الجواب على الدعوى، والجواب أثر مترتب عليها، فينبغي أن يجعل النظر فيه من اختصاص القاضي الذي ينظر في الدعوى الأصلية، ضرورة عدم الفصل في هذا الأمر بين المؤثر وأثره [٢]، ويضاف إلى ذلك أن القاضي الذي ينظر في الدعوى الأصلية هو الأقدر على النظر في الدفع والفصل فيه، إذ إنه مطلع على حيثيات الدعوى وتفصيلاتها، الأمر الذي يجعله الأقدر على النظر فيها.

---

(١) انظر ص٤٧.

(٢) ياسين، نظرية الدعوى، ٢٢٢.

المبحث الثاني

أنواع الدفوع في القانون وأحكامها

تمهيد:

ينبغي التفريق في هذا المقام بين الدفوع، وبين ما يسمى في القانون (الطلبات العارضة) المقدمة من المدعى عليه.

فالقانون أنشأ للمدعى عليه وسائل ليدفع بها الدعوى الموجهة إليه، ويمنع الحكم عليه بطلبات المدعي، ويتم ذلك باتخاذ أحد موقفين:

موقف سلبي يكتفي فيه بإبداء دفوع يترتب على قبولها رفض طلب المدعي، وموقف إيجابي لا يترتب عليه رفض دعوى المدعي، أو عدم قبولها، وإنما يتضمن الادعاء على المدعي بشيء ما، ويهدف المدعى عليه عندئذ إلى طلب الحكم له على المدعي بذلك الشيء الذي ادعاه المدعى عليه، وفي هذه الحالة يُقال إن ثمة (دعوى فرعية) من جانب المدعى عليه، وتسمى في التشريع (الطلبات العارضة) المقدمة من المدعى عليه، ومثال ذلك: أن يرفع المشتري دعوى بطلب فسخ عقد البيع، فيرفع المدعى عليه (البائع) دعوى فرعية لمطالبة المشتري بالثمن [١].

والدفوع التي يقدمها المدعى عليه ثلاثة أنواع، هي:

١- الدفع الموضوعي: وهو الذي يوجه الى الحق المدعى به.

٢- الدفع بعدم القبول: وهو الذي يوجه الى الحق في رفع الدعوى.

٣- الدفع الشكلي: وهو الذي يوجه الى اجراءات رفع الدعوى.

المطلب الأول: الدفع الموضوعي:

الدفع الموضوعي هو: الدفع الذي يوجه إلى الحق موضوع الدعوى بغرض الحُكم برفض الدعوى كلياً، أو جزئياً، ولا يتصور حصرها لأنه تتعلق بأصل الحق [٢].

---

(١) جميعي، الشرقاوي، شرح قانون المرافعات، ص١١٠-١١١.

(٢) انظر: أبو هيف، عبد الحميد ، المرافعات المدنية والتجارية، مطبعة الاعتماد، ط ١٣٤٠هـ-١٩٢١م، ص٣٧٨، راغب، الموجز في مبادئ القضاء المدني، ص٢٥٩.

وعليه فالدفع الموضوعي يوجه إلى ذات الحق المدعى به، فينكر نشأته، أو بقاءه، أو مقداره، ومثال ذلك أن يدفع المدعى عليه بالوفاء، أو القضاء، أو بطلان العقد (١).

وينبغي التمييز بين الدفاع الموضوعي والدفع الموضوعي، فقد يقوم المدعى عليه في سبيل الحصول على حكم برفض الدعوى بما يأتي:

أ-إنكار الوقائع المنشئة التي تمسك بها المدعى كأساس لطلبه، أو إنكار الآثار القانونية التي ينسبها المدعي إلى هذه الوقائع، كما لو أنكر المدعى عليه في -دعوى دين- العقد مصدر الالتزام.

ب-التمسك بواقعة معاصرة لنشأة الواقعة التي يتمسك بها المدعي، من شأنها منع هذه الواقعة الأخيرة من إنتاج كل، أو بعض آثارها القانونية، كما لو تمسك المدعى عليه بصورية العقد، أو بإبطاله للغلط.

ج-التمسك بواقعة منهية من شانها إنهاء آثار الواقعة المنشئة التي تمسك بها المدعي، كما لو تمسك المدعى عليه بالوفاء (٢).

ومجرد إنكار الوقائع المنشئة، أو إنكار آثارها لا يعتبر دفعاً موضوعياً بالمعنى الصحيح، ذلك أن القاضي لا يحكم بمقتضى هذه الوقائع إلا بعد إثباتها من المدعي، ولهذا فإن اصطلاح الدفع الموضوعي يجب قصره على ما يقوم به المدعى عليه من تأكيد لواقعة مانعة أو منهية ترمي إلى رفض الدعوى، فبهذا يُدخل المدعى عليه في الدعوى وقائع غير تلك التي أكدتها الطلبات، يقع عليه عبء إثباتها (٣).

ومع ذلك فإن لاصطلاح الدفع الموضوعي معنى آخر ضيقاً، ذلك أن الوقائع المانعة أو المنهية التي يتسمك بها المدعى عليه تنقسم إلى قسمين:

أ-وقائع على القاضي أخذها في اعتباره من تلقاء نفسه ما دامت قد قدمت إليه ولو لم يتمسك بها المدعى عليه، ومثالها: عدم مشروعية السبب أو واقعة الوفاء بالدين، وعندئذ يكون التمسك بالواقعة من جانب المدعى عليه هو مجرد تقديم واقعة للقاضي لم تقدم إليه، أو مجرد

---

(١) نبيل إسماعيل عمر ، أحمد خليل، أحمد هندي، قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار المطبوعات الجامعية، ١٩٩٨م، ص٢٨٥.

(٢) والي، فتحي ، مبادئ قانون القضاء المدني، دار النهضة العربية، ط٢، ١٩٧٥م، ص ٤٢٧.

(٣) جميعي، عبد الباسط ، مبادئ المرافعات في قانون المرافعات، ص٤٦٥، والي، مبادئ قانون القضاء المدني، ص٤٢٨.

لفت انتباهه إلى واجبه في الخصومة، ولا تكون هناك حاجة -من الناحية القانونية- لفكرة الدفع.

ب-وقائع ليس لها أثر في حكم القاضي إلا إذا تمسك بها المدعى عليه بقصد رفض الدعوى، فإذا تمسك بها حَكَم القاضي برفض الدعوى، وعليه فرفض الدعوى عندئذ يكون نتيجة لاستعمال حق محدد للمدعى عليه، وهذا هو الدفع الموضوعي بالمعنى الضيق، وهو بهذا يقابل حق الدعوى، إذ ليس للقاضي إعماله بغير طلب من المدعي.

وعلى ذلك يمكن تعريف الدفع الموضوعي -بالمعنى الضيق- بأنه: سلطة للمدعى عليه في تأكيد واقعة مانعة، أو منهية للواقعة المنشئة التي أكدها المدعي، ليس من شأنها رفض الدعوى ما لم يتمسك بها المدعى عليه، كالدفع بالغلط، ولكن ينبغي أن يؤخذ بعين الاعتبار أن عبء إثبات الدفوع الموضوعية -سواء كانت بالمعنى الضيق، أو الواسع- يقع على المدعى عليه [1].

هذا وللتفرقة بين الدفع الموضوعي بالمعنى الضيق، وغيره من وسائل الدفاع الموضوعي نتائج مهمة، منها:

أ-الدفع بالمعنى الضيق يقبل التنازل عنه، أما وسائل الدفاع الأخرى فإن التنازل عنها لا يمنع القاضي من أن يأخذ في اعتباره ما تضمنته من وقائع.

ب-الدفع الموضوعي بالمعنى الضيق باعتباره حقاً يقبل التقادم كالدعوى، أما وسائل الدفاع الأخرى فلا تقبل التقادم إذ هي ترمي إلى بيان عدم وجود الحق الموضوعي، فإنكار الواقعة المنشئة، أو التمسك بالوفاء يمكن أن يبقى كوسيلة دفاع ما دام هناك طلب على أساس وجود الحق [2].

ثانياً: أحكام الدفوع الموضوعية:

تخضع الدفوع الموضوعية للأحكام والقواعد الإجرائية التالية:

أ-وقت الإدلاء بالدفع: ليس هناك وقت محدد للإدلاء بالدفوع الموضوعية، فيجوز إثارتها في أية حالة كانت عليها الخصومة، ولو لأول مرة أمام محكمة الاستئناف، كما أنه ليس ضرورياً إبداء جميع الدفوع الموضوعية دفعة واحدة، فيجوز إثارتها على مراحل، ولا يعتبر تنازلاً عن الدفع الموضوعي تقديم دفع آخر عليه.

---

(١) والي، مبادئ قانون القضاء، ص٤٢٨، ٤٢٩.

(٢) مرجع سابق، ص٤٢٩.

ولكن هل يجوز إبداء دفوع موضوعية لأول مرة أمام محكمة التمييز (النقض، الطعن)؟

الأصل أنه لا يجوز ذلك؛ لأن هذه المحكمة تعتبر محكمة قانون وليس واقع، فقط يجوز إثارة الدفع الموضوعي الذي يثير مسألة قانونية بحتة، على أنه إذا كان الطعن يسمح لمحكمة النقض التصدي للموضوع، فعندئذ تجوز إثارة الدفوع الموضوعية لأول مرة ولو كانت متعلقة بالواقع [١].

ب-سلطة المحكمة في إثارة الدفع:

وفقاً لمبدأ حياد القاضي فإن المحكمة لا تملك كقاعدة عامة إثارة الدفوع الموضوعية من تلقاء نفسها إلا في الأحوال الآتية:

الحالة الأولى: إذا كانت المسالة تتعلق بالنظام العام، مثل: بطلان العقد لعدم مشروعية السبب وكانت الوقائع المعروضة على المحكمة من قبل الخصوم تبررها.

الحالة الثانية: إذا كانت المسألة لا تتعلق بالنظام العام، ولكن تستفاد من مجموع الوقائع المعروضة على المحكمة ولو لم يتمسك بها الخصم سنداً لدفعه على وجه خاص، فلو قدمت ورقة تثبت واقعة الوفاء عرضاً، فإن القاضي يمكنه الاستناد إليها، واعتبارها دفعاً بالوفاء، مع مراعاة ألا ينص القانون على وجوب تمسك الخصم بالدفع.

الحالة الثالثة: إذا كانت الوقائع التي يتمسك بها الخصم تحتاج إلى إثبات ولم ينكرها المدعى عليه صراحة، فمن واجب القاضي هنا إثارتها، ومطالبة المدعي بإثباتها والحكم على مقتضى ذلك.

الحالة الرابعة: إذا كانت المسألة قانونية بحتة [٢].

ج-حجية الحكم الصادر في الدفع الموضوعي:

الحكم الصادر بقبول الدفع الموضوعي هو حكم في موضوع الدعوى، يترتب عليه إنهاء النزاع على أصل الحق المدعى به، ويحوز حجية الشيء المحكوم به، فلا يجوز تجديد النزاع أمام المحكمة التي أصدرته، أو أمام أية محكمة أخرى [٣].

---

(١) نبيل عمر، قانون المرافعات المدنية، ص٢٨٨، ٢٨٩، أبو الوفاء، نظرية الدفوع، ص١٨، راغب، الموجز في مبادئ القضاء، ص٣٦٠.

(٢) نبيل عمر، قانون المرافعات المدنية، ص٢٩٠.

(٣) أبو الوفاء، نظرية الدفوع، ص١٨.

د-يستنفذ الحكم الصادر في الدفع الموضوعي سلطة محكمة الدرجة الأولى بالنسبة لموضوع الدعوى، فإذا طعن في هذا الحكم -وهو قبول الدفع الموضوعي- أمام محكمة الاستئناف، وألغته بسبب بطلانه مثلاً، ولو لعيب شكلي، فإنها لا تعيد الدعوى إلى المحكمة التي فصلت في الموضوع، وإنما يتعين على محكمة الاستئناف أن تفصل في الموضوع في هذه الحالة [1].

المطلب الثاني: الدفع بعدم القبول:

أولاً: تعريف الدفع بعدم القبول:

الدفع بعدم القبول هو: الدفع الذي يوجه إلى الحق في رفع الدعوى، أي إلى مكنة الحصول على حكم في الموضوع [2]، فهذا النوع من الدفوع يرمي إلى إنكار سلطة المدعي في استعمال دعواه [3].

وقد أثار هذا النوع من الدفوع خلافاً بين فقهاء القانون، فألحقه بعضهم بالدفوع الموضوعية، وألحقه آخرون بالدفوع الشكلية، وقال آخرون إن الدفع بعدم القبول نوع مستقل من الدفوع، لا هو بالدفع الشكلي، ولا هو بالدفع الموضوعي.

وحاول بعضهم توزيع الدفوع بعدم القبول ما بين الدفوع الشكلية والدفوع الموضوعية، وأوردوا لذلك تقسيمات للدفوع بعدم القبول [4].

ولعلّ السبب في اختلافهم هذا راجع إلى ما لهذا الدفع من طبيعة خاصة، تختلف عن طبيعة الدفوع الموضوعية والدفوع الشكلية، وتجعله يحتل مركزاً وسطاً بينها، فهو في بعض الأحوال يتفق مع الدفوع الموضوعية فيما يختلف فيه مع الدفوع الشكلية، وفي أحوال أخرى يتفق مع الدفوع الشكلية فيما يختلف فيه عن الدفوع الموضوعية، فالدفع بعدم القبول يتفق مع الدفوع الموضوعية في الأحوال الآتية:

أ-جواز إبدائه في أية حالة تكون عليها الدعوى، وعدم سقوطه بمواجهة الموضوع، وهذا هو شأن الدفوع الموضوعية.

---

(١) راغب، الموجز في مبادئ القضاء، ص٣٦١، أبو الوفا، نظرية الدفوع، ص١٨.

(٢) راغب، الموجز في مبادئ القضاء، ص٣٦٦.

(٣) أبو الوفا، نظرية الدفوع، ص١٩.

(٤) جميعي، مبادئ المرافعات، ٤٦٩، ٤٧٠، نبيل عمر، قانون المرافعات، ٣٠٦.

ب-عدم تناول إجراءات الخصومة، وهذا هو أيضاً حال الدفوع الموضوعية [١].

ج-وفي حالة استئناف الحكم الصادر بقبول الدفع الموضوعي، أو الدفع بعدم القبول، ومن ثم إلغاء هذا الحكم، فإن محكمة الاستئناف هي التي تنظر موضوع الدعوى [٢].

د-ويحوز الدفع بعدم القبول الحجية إذا كان مؤداه الفصل في الدعوى، كما في الحكم بعدم القبول لانقضاء الدعوى بالتقادم [٣].

وهذه الأحوال السالفة الذكر والتي يتفق فيها الدفع بعدم القبول مع الدفع الموضوعي، فإنه يختلف فيها مع الدفوع الشكلية.

ويتفق الدفع بعدم القبول مع الدفع الشكلي في الأحوال التالية:

أ-عدم تناول الحق موضوع الدعوى [٤].

ب-ولا يحوز الدفع بعدم القبول الحجية إذا لم يكن مؤداه الفصل في الدعوى، كما لو رُفعت الدعوى قبل أوانه، أو مناسبتها [٥].

ترجيح الباحث:

للخروج من هذا الخلاف لابدّ أولاً من معرفة مواطن الاتفاق بين فقهاء القانون، وبالتالي يمكن تحديد الدفع بعدم القبول، وهل هو دفع مستقل عن أنواع الدفوع الأخرى أم تابع لأحدها.

اتفق فقهاء القانون على تحديد المراد بالدفوع الموضوعية والدفوع الشكلية، فالدفوع الموضوعية كما مر سابقاً هي الدفوع التي توجه إلى الحق المدعى به، حيث يتعرض لصدق المدعي وكذبه في ادعائه، كأن يدفع المدعى عليه بالقضاء أو الإبراء، والدفوع الشكلية كما سيأتي لاحقاً هي التي توجه إلى إجراءات الخصومة.

وعليه فإن الدفع بعدم القبول ينبغي أن يكون موجها إلى غير أصل الحق المدعى به، أو إلى إجراءات الخصومة.

---

(١) العشماوي، ٢٩٥/٢.

(٢) جميعي، مبادئ المرافعات، ص٤٧٢.

(٣) والي، مبادئ قانون القضاء، ص٤٤٢.

(٤) أنطاكي، أصول المحاكمات، ص٢٠٩، العشماوي، قواعد المرافعات، ٢٩٥/٢.

(٥) والي، مرجع سابق، ص٤٤٢، أبو الوفا، نظرية الدفوع، ص٨٩٠.

ومع اختلاف فقهاء القانون في تعريف الدعوى وعلاقتها بالحق الذي تحميه، إلا أن معظمهم يذهب إلى أن الدفع بعدم القبول يتعلق بالادعاء وقابليته لأن يكون محلاً للعمل القضائي [١].

وبعبارة أخرى فإن الدفع بعدم القبول يوجه إلى الحق في رفع الدعوى، فالذي يدفع بعدم قبول الدعوى المرفوعة عليه إنما يطلب من القضاء الامتناع عن سماع هذه الدعوى، لا لأنها رفعت بإجراءات غير صحيحة، ولا لأنها رفعت إلى محكمة غير مختصة، ولا لأن المدعي ليس صاحب حق كما يزعم، وإنما يكتفي المدعى عليه بطلب عدم سماع الدعوى من خصمه لأنه لا حق له في رفعها [٢].

ولمزيد من التوضيح في تكييف هذا النوع من الدفوع، فإنه يمكن القول أن هناك ثلاث مراحل لتصور وجود الدعوى، فالمرحلة الأولى هي مرحلة الحق الذي ترفع به الدعوى، والمرحلة الثانية مرحلة الحق في رفع الدعوى، والمرحلة الثالثة مرحلة الإجراءات التي تتبع في رفع الدعوى.

فإذا تعلق الدفع بالمرحلة الأولى كان موضوعياً، ولكن هنا تجدر الإشارة إلى أنه قد يتطرق إلى الموضوع (الحق المدعى به)، ولكن دون أن يتعرض لصدق المدعي وكذبه، فهنا لا يكون الدفع في هذا الحالة دفعاً موضوعياً.

وإذا تعلق الدفع بالمرحلة الثانية –مرحلة الحق في رفع الدعوى– كان الدفع دفعاً بعدم القبول، وإذا تعلق بالمرحلة الثالثة كان دفعاً شكلياً [٣].

وعليه يمكن **تعريف الدفع بعدم القبول** بأنه: الدفع الذي يوجه إلى حق المدعي في رفع دعواه، بحيث يقصد منه منع المدعي من سماع دعواه؛ لتخلف أحد شروط صحتها، فالدفع بعدم القبول يوجه إلى شروط صحة الدعوى و قبولها، ولا علاقة له بالحق موضوع الدعوى، ولا بإجراءات رفعها.

---

(١) وجدي راغب، مبادئ القضاء، ص٣٦٧.

(٢) مسلم، أصول المرافعات، ص٥٧٣.

(٣) جميعي، مبادئ المرافعات، ص٤٧٠.

ثانياً: أهم صور الدفع بعدم القبول:

أولا: الدفع بعدم القبول لانعدام صفة المدعي في رفع الدعوى، أو لانعدام صفة المدعى عليه في رفع الدعوى عليه، كما لو رفع شخص دعوى بصفته مديراً لشركة وتبين أنه قد عزل، أو لم يُعين بعد (١).

ثانياً: الدفع بعدم القبول لانعدام المصلحة في الدعوى:

اختلف فقهاء القانون في هذا الدفع، فذهب بعضهم إلى أن هذا النوع من الدفوع هو دفع موضوعي؛ لأنه يوجه في الواقع إلى صميم أصل الحق المدعى به، فيتمسك الخصم بإنكاره بصفة مطلقة، أو يتمسك بعدم استحقاقه، أو تحصل المنازعة بصفة عامة في أمر يتعلق بطبيعته أو آثاره، والدفع الموجه في كل هذه الأحوال هو دفع موضوعي (٢).

ومع هذا فبعض أصحاب هذا القول يرون أن المدعي لو رفع دعواه، ولكنه لن يستفيد من هذه الدعوى على فرض ثبوتها، كما لو رفعت دعوى على شخصين لمطالبتهما بمبلغ وحكم بإلزام أحدهما به، وبرفضه بالنسبة للآخر وإخراجه منها، فلا مصلحة للآخر في الطعن طالما أنه قد أخرج من الدعوى التي رُفعت عليه بغير مصاريف، ففي هذه الحالة يجوز أن يُدفع بعدم قبول الدعوى (أو الطعن)، لانتفاء المصلحة (٣).

وذهب كثير من فقهاء القانون وشراحه إلى أن الدفع بعدم المصلحة في الدعوى هو دفع بعدم قبولها، فقالوا إن القاضي وهو يبحث مسألة توافر، أو عدم توافر شرط المصلحة كشرط لازم لقبول الطلب القضائي، يتركز نشاطه في التحقق من أن المصلحة التي يدعيها الشخص هي من المصالح التي يحميها القانون بصفة مجردة، ولا يشترط ثبوت الحق ذاته لقبول الدعوى، فالقاضي هنا لم يتطرق لبحث موضوع النزاع الأصلي، بل بحث شروط قبول الطلب فقط، ويشبه هذا الحكم الصادر بعدم اختصاص المحكمة بناء على الدفع بعدم الاختصاص الوظيفي مثلاً (٤).

---

(١) مرجع سابق، ص٤٧٠.

(٢) أبو الوفا، نظرية الدفوع، ص٢٠، جميعي، مبادئ المرافعات، ص٤٧٠.

(٣) أبو الوفا، نظرية الدفوع، ص٨٥٤، ٨٥٥.

(٤)عمر، نبيل إسماعيل ، الدفع بعدم القبول ونظامه القضائي في قانون المرافعات المدنية والتجارية، منشأة المعارف، ط١٩٨١م، ص ١٢٤، ١٢٥، ١٢٧، وانظر جميعي، مبادئ المرافعات، ص٤٧١.

ترجيح الباحث:

لمعرفة الراجح في هذا النوع من الدفوع –وهو الدفع بعدم المصلحة في الدعوى– ينبغي معرفة المقصود بالمصلحة في الدعوى، وبالتالي يمكن معرفة هذا النوع من الدفوع، فالمصلحة شرط من شروط صحة الدعوى، ويقصد بها: المنفعة التي يجنيها المدعي من التجائه إلى القضاء، فهي الباعث على رفع الدعوى، والغاية المقصودة منها [١].

ولكي تكون المصلحة معتداً بها، فلا بُدّ لها من أوصاف، هي:

أ–أن تكون المصلحة قانونية، أي تستند إلى حق، بحيث يكون موضوع الدعوى هو المطالبة بحق، أو بمركز قانوني، أو التعويض عن ضرر أصاب حقاً من الحقوق، ومثال ذلك أن يقع حادث لطفل، فيطالب والده بتعويض الضرر الذي أصابه [٢].

أما المصلحة غير القانونية فلا يُعتد بها، ولا تكفي لقبول الدعوى، وتكون المصلحة غير قانونية إذا كانت مخالفة للنظام العام والآداب، ومثالها: أن يطلب شخص تنفيذ عقد تم بينه وبين خليلته مضمونه استمرار العلاقة بينهما [٣].

ب–أن تكون المصلحة شخصية ومباشرة، بمعنى أن يكون رافع الدعوى هو صاحب الحق المراد حمايته، أو من يقوم مقامه، كالوكيل بالنسبة للموكل، والمصلحة الشخصية المباشرة هي الصفة في رفع الدعوى [٤].

ج–أن تكون المصلحة قائمة (محققة غير محتملة)، بمعنى أن يكون حق رافع الدعوى قد اعتدى عليه بالفعل، أو حصلت له منازعة فيه فيتحقق الضرر الذي يبرر الالتجاء إلى القضاء، ويستثنى من هذا حالتان، هما:

الأولى: إذا كان الغرض من الدعوى الاحتياط لدفع ضرر محدق.

الثانية: إذا كان الغرض منه الاستيثاق لحق يخشى زوال دليله عند النزاع فيه [٥].

---

(١) أبو الوفا، أحمد، أصول المحاكمات المدنية، الدار الجامعية، ١٩٨٣م، ص١٤٨، ١٤٩.

(٢) أبو الوفا، أصول المحاكمات، ص١٤٩.

(٣) أبو الوفا، أصول المحاكمات، ص١٥٠.

(٤) أبو الوفا، مرجع سابق، ص١٥١.

(٥) مسلم، أصول المرافعات، ص٣١٧، أبو الوفا، أصول المحاكمات، ص١٥٤.

د-أن تكون المصلحة حالة غير مؤجلة، فالدائن بدين لم يحل أجل الوفاء به، ليس له أن يرفع دعوى للمطالبة به قبل حلول الأجل؛ لأن المصلحة فيها مستقبلية، بل إن الحاجة إلى هذه الدعوى أمر احتمالي، فقد يوفي المدين بالدين اختياراً بمجرد حلول الأجل [١].

ويستثنى من هذا الشرط حالتان، هما:

أ-إذا حلّ الأجل أثناء رفع الدعوى؛ لأنه لا يكون للمدعى عليه مصلحة في إثارة الدفع بعدم القبول.

ب-إذا كان الدين أقساطاً، فرفعت الدعوى بطلب أقساط حالة وأخرى مؤجلة، كما في حالة المستأجر الذي يتأخر في دفع الأجرة، فيرفع المؤجر دعوى لمطالبته بالإيجار المتأخر وما يستجد، وسبب قبول هذه الدعوى في هذه الحالة أن تأخر المدين في دفع الأقساط السابقة يعد قرينة على أن مسلكه في هذا الشأن لن يتغير، ولكن يلاحظ هنا أنه لا يجوز أن تحكم المحكمة بإلزام المستأجر بدفع الأقساط التي تستجد بعد الحكم [٢].

تلك هي أوصاف المصلحة المطلوبة لكي تكون معتداً بها، وبناء على هذه الأوصاف يمكن تحديد إن كان الدفع بعدم المصلحة دفعاً بعدم القبول أم دفعاً موضوعياً؟

- فلو دفع المدعى عليه بعدم قانونية المصلحة -وهو الوصف الأول من أوصاف المصلحة- كان هذا الدفع دفعاً موضوعياً، وليس دفعاً بعدم القبول؛ لأن هذا الدفع موجه إلى ذات الحق المدعى به وإلى موضوع الادعاء، وسيُتطرق إلى التأكد من ثبوت هذا الحق وعدمه، وهذا ما يتناوله الدفع الموضوعي، فلو رفع شخص على آخر دعوى يطالبه فيها بالتعويض عن ضرر أصابه، فدفع المدعى عليه بعدم حصول ضرر للمدعي يستوجب التعويض، فإن هذا الدفع دفع موضوعي، حيث تعرض لصدق المدعي وكذبه في دعواه.

-ولو دفع المدعى عليه بعدم شخصية المصلحة، فإن دفعه هذا سيكون دفعاً بعدم الصفة، وبالتالي لا يكون الدفع موجهاً إلى الحق المدّعى به، وعليه سيكون الدفع في هذه الحالة دفعاً بعدم القبول.

-ولو دفع المدعى عليه بكون المصلحة غير قائمة وأنها غير محققة، فإن هذا الدفع يكون موجهاً إلى الحق موضوع الادعاء؛ لأنه يتعرض لثبوت الحق وعدمه، وعليه يكون الدفع في هذه الحالة دفعاً موضوعياً، ومثال ذلك: لو رفع ولد دعوى على أبيه لأجل صيانة

---

(١) أحمد مسلم، أصول المرافعات، ٣٢٣، ٣٢٤.

(٢) عبد المنعم الشرقاوي، شرح قانون المرافعات، ص٤٥، ٤٦، ٤٧.

مال الوالد، فإن المصلحة هنا محتملة، إذ قد يرث الولد وقد يموت قبل أبيه، وعليه فالدفع هنا موجه إلى الحق المدعى به وهو صيانة المال، فإذا دفع الأب بعدم المصلحة لأنها محتملة وغير قائمة كان دفعه دفعاً موضوعياً.

-وأخيراً لو دفع المدعى عليه بكون المصلحة غير حالة، فإن هذا الدفع سيكون دفعاً بعدم القبول؛ لأنه غير موجه إلى موضوع الدعوى، ومثال ذلك: لو رفع دائن دعوى على مدينه يطالبه فيها بدين مؤجل لم يحل أجله، ودفع المدعى عليه بعدم حلول الأجل، وبالتالي عدم حلول المصلحة، فإن هذا الدفع غير موجه إلى المدعى به -وهو ثبوت الدين- فلا يُبحث في ثبوت الدين وعدمه، وإنما يُبحث في كون الدين حالّ الأجل أم لا، صحيح أنه سيبحث في موضوع الادعاء -وهو ثبوت الدين- ولكن البحث مقتصر على التأكد من حلول الأجل وعدمه، لا على ثبوت الدين.

ثالثاً: ومن أنواع الدفع بعدم القبول الدفع بانعدام أهلية المدعي، أو المدعى عليه، أو نقصها:

بداية اختلف فقهاء القانون في شرط الأهلية، ومدى اعتباره في صحة الدعوى وقبولها، فقد ذهب كثير منهم إلى اعتبار الأهلية شرطاً من شروط قبول الدعوى، فيجب أن يكون كل من المدعي والمدّعى عليه أهلاً للتقاضي [١].

وذهب آخرون إلى أن الأهلية ليست شرطاً لقبول الدعوى وصحتها، بل هي شرط لصحة المطالبة القضائية، أي لصحة انعقاد الخصومة، والدليل على ذلك أنه إذا فقد أحد الخصوم أهلية التقاضي أثناء النظر في الدعوى، وقفت إجراءاتها دون أن تفقد شرطاً من شروط قبولها، فتبقى الدعوى قائمة صحيحة [٢].

وبناء على اختلافهم هذا، فمن اعتبر الأهلية شرطاً لقبول الدعوى، قال إن الدفع بانعدام أهلية المدعي، أو المدعى عليه هو دفع بعدم القبول، على اعتبار أن القاصر لا صفة له في الذود عن حقه، ومن قال أن الأهلية شرط لصحة انعقاد الخصومة، فإن الدفع بانعدامها هو دفع شكلي، فالخصومة برمتها تكون باطلة [٣].

---

(١) أبو الوفا، أصول المحاكمات، ص١٥٢، ٥٨٩/١، أنطاكي، أصول المحاكمات، ص١٦٤.

(٢) مسلم، أصول المرافعات، ص٣٣٤، أنطاكي، أصول المحاكمات، ص١٦٤.

(٣) أبو الوفا، نظرية الدفوع، ص٨٥٥، جميعي، مبادئ المرافعات، ص٤٧١.

رابعاً: ومن أنواع الدفوع بعدم القبول، الدفع بعدم قبول الدعوى لعدم رفعها في الوقت أو المناسبة المحددة لذلك، فكلما تناولت المدة حقاً من الحقوق وأدت إلى انقضائه، اعتبر الدفع الموجه من الخصم بزوال الدعوى التي تكفل حماية الحق من الدفع بعدم القبول (١). ويسقط الحق وينقضي، وبالتالي تزول عنه حماية القانون، في الحالات الآتية:

الحالة الأولى: إذا كان للشخص حقوق متعددة ولم يباشرها بالترتيب الذي أوجبه القانون، كحالة الحائز الذي سلبت حيازته، أو حصل له تعرض في الحيازة، فإن حقه في رفع دعوى الحيازة يسقط إذا كان قد بدأ برفع الدعوى بأصل الحق.

وكذلك يسقط الدفع الشكلي غير المتعلق بالنظام العام إذا تُكلم في الموضوع (٢).

الحالة الثانية: إذا اشترط القانون مباشرة الإجراء في مناسبة معينة، ثم فوّت الخصم هذه المناسبة دون مباشرته، كسقوط الحق في التدخل بعد إقفال باب المرافعة، فإذا ترك الشخص إجراءات الخصومة تسير حتى بلغت حداً أصبح استعمال الحق عنده ممتنعاً، فقد سقط حقه (٣).

ويمكن للخصوم تفادي السقوط بسبب انقضاء الأجل إذا أثبتوا أن حادثاً قهرياً حال دون قيامهم بالعمل في الموعد المحدد، كما هو الحال في إيقاف موعد الاستئناف بسبب وفاة المحكوم عليه (٤).

الحالة الثالثة: إذا كان للشخص أجل محدد ليباشر فيه حقه، وترك الأجل ينقضي بغير مباشرة لحقه، كما هو الحال في سقوط حق الاستئناف، أو المعارضة، أو الالتماس، أو النقض بسبب عدم مباشرته في الموعد المحدد (٥).

والدفع بالسقوط يصح إبداؤه في أية حالة كانت عليها الدعوى، ولكن المحكمة لا تملك الحكم به من تلقاء نفسها إلا إذا تعلق بالنظام العام، كالسقوط المترتب على تجاوز مواعيد الطعن في الأحكام (٦).

خامساً: ومن أنواع الدفع بعدم القبول الدفع بسبب سبق الفصل في الدعوى:

---

(١) أبو الوفا، نظرية الدفوع، ص٨٧١، العشماوي، قواعد المرافعات، ٢/٣٠٠.

(٢) العشماوي، قواعد المرافعات، ٢/٣٠٠.

(٣) أبو الوفا، نظرية الدفوع، ص٨٧١، العشماوي، قواعد المرافعات، ٢/٣٠٠.

(٤) العشماوي، قواعد المرافعات، ٢/٣٠٠.

(٥) العشماوي، قواعد المرافعات، ٢/٣٠٠-٣٠١.

(٦) العشماوي، مرجع سابق، ٢/٣٠١.

إن ما سبق عرضه على القضاء وتم الفصل فيه، لا يجوز عرضه عليه مرة أخرى، وذلك ضرورة لوضع حد للمنازعات، وتجنب تناقض الأحكام [١].

وعليه إذا رفع شخص دعوى على آخر فصل فيها بحكم سابق أمام القضاء، فإن للمدعى عليه الدفع بعدم قبول الدعوى لسبق الفصل فيها.

وهذا النوع من الدفوع تقضي فيه المحكمة بناءً على طلب ذوي الشأن، أو من تلقاء نفسها لتعلقه بالنظام العام، وعلة احترام حجية الحكم السابق صدوره في النزاع ذاته، هي ما يترتب على إهدارها من تأبيد المنازعات، وعدم استقرار الحقوق لأصحابها، وهذه الحجية قرينة قانونية تتصل بالنظام العام، [٢].

هذا ويرى الدكتور محمد نعيم ياسين أن الدفع بعدم سماع الدعوى لسبق الفصل في موضوعها هو دفع موضوعي في حقيقته؛ لأن الفصل السابق في موضوع الدعوى قد كان له أثر في تسوية النزاع، ويفترض في المدعى عليه أنه إما أعاد الحق لصاحبه، أو قضي عليه بعدم وجود حق للمدعي، أو بانتهائه أو غير ذلك، فالدفع بسبق الفصل في الدعوى هو في واقع الأمر ادعاء بمضمون الحكم السابق، وهو دفع موضوعي [٣].

ويشترط لجواز الدفع بعدم قبول الدعوى لسبق الفصل فيها ثلاثة شروط، بحيث إذا تخلف أحدها كان الدفع مردوداً وغير مسموع، وهذه الشروط هي:

أ-وحدة الموضوع، أو المحل: لكي يمكن التمسك بقوة الشيء المحكوم به يجب أن يكون موضوع الدعوى الثانية هو بعينه موضوع الدعوى المحكوم فيها، والموضوع الذي يجب أن يكون متحداً هو الحق المطلوب الحكم به في الدعويين، ولا يعتبر الموضوع متحداً لمجرد تعلق النزاع في الدعويين بشيء واحد، بل العبرة بموضوع النزاع ذاته، فالحكم الصادر في دعوى ملكية لا يمنع دعوى وضع يد بالنسبة لنفس العقار [٤].

ب-اتحاد السبب: السبب هو الأساس القانوني الذي يبنى عليه الحق، أو هو ما تولد منه الحق، أو نتج عنه الحق، كالشراء، والوديعة، والعارية، والوصية [٥].

---

(١) الصاوي، أحمد ، الشروط الموضوعية للدفع بحجية المحكوم فيه، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧١م، ص٧١.

(٢) القشطيني، سعدون ناجي، شرح أحكام المرافعات، مطبعة المعارف، ط٣، ١٩٧٩م، ص٢٥٩.

(٣) ياسين، نظرية الدعوى، ص٥٩٩.

(٤) نشات، أحمد، رسالة الإثبات، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧٢م، ٢/٢٦٠.

(٥) نشات، رسالة الإثبات، ٢/٢٨٠.

وذهب بعض فقهاء القانون إلى أن سبب الدعوى هو الواقعة القانونية التي تنشئ الأساس الحال والمباشر للحق، أو الفائدة القانونية، وضربوا مثالاً لذلك: إذا أقرضت شخصاً مبلغاً، فرفض ردّه، فإنني أرفع عليه دعوى مطالباً إياه برد المبلغ، وهنا الواقعة القانونية التي تقوم على أساسها الدعوى هي واقعة رفض رد المبلغ الذي اقترضه مني، وهذه الواقعة هي سبب الدعوى، أما عقد القرض فهو مصدر الالتزام، وهذا غير السبب [١].

ويرى **الباحث** أن هذا الرأي غير صحيح، فإن هذا الذي ذكر هو سبب النزاع، وليس سبب الدعوى، أو المطالبة، فالمقصود بالسبب هو سبب المطالبة بالحق، وليس سبب النزاع، بدليل أنه لو طلب دائن دينه من مدينه فرفض، فرفع دعوى للمطالبة بالدين، وأن سبب هذا الدين هو عقد قرض بينهما، فرُدَّت الدعوى، فإن هذا لا يمنع الدائن من رفع دعوى أخرى على نفس مدينه للمطالبة بدينه، ولكن لسبب آخر، كما لو ذكر أن السبب هو ثمن لبيت باعه للمدين، فلو كان السبب هو الرفض لما قبلت الدعوى مرة أخرى، لحصول الرفض في الدعويين، ولكن السبب هو عقد القرض في الدعوى الأولى، وعقد البيع في الدعوى الثانية.

ج-اتحاد الخصوم: للحكم حجية تقتصر على أطراف الخصومة، فلا تمتد إلى الغير، إذ ليس من العدل أن نعطي حكماً أية قوة ضد شخص لم يكن خصماً في الدعوى، وإذا دخل شخص الخصومة بعد حكم تمهيدي صدر فيها، وحاز قوة الشيء المحكوم به، فلا يسري هذا الحكم عليه، والمقصود باتحاد الخصوم اتحادهم بصفاتهم لا بأشخاصهم [٢].

فالحكم الذي يصدر بمواجهة الوكيل يحوز حجية الشيء المحكوم فيه بالنسبة للأصيل، فلا يجوز للأصيل أن يجدد الدعوى بصفته الشخصية، وكذلك العكس، فإذا حضر الشخص بنفسه في الدعوى الأولى لا يجوز أن يجددها عن طريق الوكيل [٣].

سادساً: الدفع بعدم قبول الدعوى لمرور الزمن (التقادم):

يقصد بالتقادم: المدة المحددة في القانون والتي يسقط بانقضائها المطالبة في الحق [٤].

---

(١) الصاوي، الشروط الموضوعية، ص٧٩، ٨٠.

(٢) أحمد نشأت، رسالة الإثبات، ص٣٠٧، ٣٠٩، ٣١٠.

(٣) القضاة، مفلح عواد، أصول المحاكمات المدنية والتنظيم القضائي، دار الثقافة، ط٣، ١٩٩٨م، ص٢٦٦، ٢٦٧.

(٤) أبو بكر، محمد خليل، ، دفوع عدم القبول ونظامها الإجرائي، دار الثقافة، ط١، ١٩٩٦م، ص٥٠.

والمقصود بسقوط المطالبة بالحق هو سقوط الحق في رفع الدعوى، لا سقوط الحق ذاته، وقد ذهب بعض الفقهاء إلى سقوط الحق ذاته [١].

هذا وقد ذهب بعض فقهاء القانون إلى أن الدفع بالتقادم هو دفع موضوعي [٢].

وتكييف هذا الدفع يقتضي التفريق بين نظرين: فمن رأى أن التقادم يؤدي إلى سقوط الحق ذاته، كان الدفع به من قبيل الدفع الموضوعي، إذ هو موجه إلى الحق المطلوب بالدعوى، ومن رأى أن التقادم يؤدي إلى سقوط الحق في رفع الدعوى، كان الدفع بالتقادم من قبيل الدفع بعدم القبول لسقوط حق المدعي في رفعها بسبب تقادم حقه [٣].

الأساس الذي يرتكز عليه التقادم المسقط:

يرتكز التقادم المسقط على اعتبارات، ترجع إلى استقرار التعامل، فالتقادم المسقط لا يقوم على قرينة الوفاء أكثر مما يقوم على وجوب احترام الأوضاع المستقرة التي مضى عليها من الزمن ما يكفي للاطمئنان لها، ووجوب احترام الأوضاع المستقرة هو الذي يحتم علينا أن نتساءل إلى متى يستطيع الدائن أن يطالب المدين بالدين دون أن يواجه بتقادمه، فلا بد إذاً من تحديد وقت ما، إذا انقضى لا يستطيع الدائن بعد انقضائه أن يطالب بالدين، وإلا ظل الناس يطالب بعضهم بعضاً بديون مضى عليها أجيال طويلة، والقانون يختار مدة لا يكون من شأنها إرهاق المدين بجعله معرضاً للمطالبة وقتاً أطول مما يجب، ولا مباغتة الدائن بإسقاط حقه في وقت أقصر مما يجب [٤].

انقطاع التقادم وأسبابه:

يقصد بانقطاع التقادم: إلغاء مدة التقادم السارية لإجراء يتخذه المدعي، أو إقرار يصدر من المدعى عليه.

وأسباب انقطاع التقادم نوعان:

---

(١) انظر تفصيل هذه المسألة: عبد الجواد، فداء يحيى، النظرية العامة لمرور الزمان المانع من سماع الدعوى في القانون المدني الأردني، رسالة ماجستير، ١٩٩٥م، ص٤، وما يليها.

(٢) نبيل عمر، الدفع بعدم القبول، ص١٨٨.

(٣) ياسين، نظرية الدعوى، ص٥٩٧.

(٤) السنهوري، عبد الرزاق أحمد ، الوجيز في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، دار النهضة، ١٩٦٦م، ص١٢٣٥-١٢٣٦.

أ-أسباب الانقطاع من جانب صاحب الحق: ينقطع التقادم بالمطالبة القضائية ولو رُفعت إلى محكمة غير مختصة، وينقطع بالتنبيه، وبالحجز، وبالطلب الذي يتقدم به الدائن لقبول حقه في تفليس، أو في توزيع، أو بأي عمل يقوم به المدعي للتمسك بحقه أثناء السير في إحدى الدعاوى [1].

ب-وينقطع التقادم بإقرار المدعى عليه بحق المدعي إقراراً صريحا أو ضمنيا، ويعتبر إقراراً ضمنياً أن يترك المدين مثلاً تحت يد الدائن مالاً مرهوناً رهناً حيازياً تأميناً لوفاء الدين [2].

يترتب على انقطاع التقادم: إلغاء المدة السابقة، فيبدأ احتساب المدة من جديد بعد انتهاء الأثر المترتب على سبب الانقطاع [3].

وقف التقادم وأسبابه:

يقصد بوقف التقادم أن يتعطل سريان التقادم مدة ما بسبب وجود مانع يتعذر معه أن يطالب صاحب الحق بحقه، على أن يعود التقادم سيرته الأولى متى زال هذا المانع، وأسباب وقف التقادم هي:

أولاً: سبب عام مهما كانت مدة التقادم، وهو: وجود مانع يتعذر معه على صاحب الحق أن يطالب بحقه، والمانع قد يكون مادياً، كالحرب، أو أدبياً، كعلاقة الأبوة والبنوة والزوجية وغيرها.

ثانياً: سبب خاص: أن يكون صاحب الحق غير كامل الأهلية، أو أن يكون غائباً، أو محكوماً عليه بعقوبة جنائية ما دام ليس له نائب يمثله قانوناً.

ويترتب على وقف التقادم: أن المدة التي وقف سريان التقادم خلالها لا تحتسب ضمن مدة التقادم، وتحسب المدة السابقة والتالية [4].

---

(١) حسني، عبد المنعم ، الموجز في النظرية العامة للالتزام، مركز حسني للدراسات القانونية، ١٩٨٤م، ص١٨٢، ١٨٣.

(٢) حسني، الموجز في النظرية العامة للالتزام، ص١٨٥.

(٣) مرجع سابق، ص١٨٦.

(٤) مرجع سابق، ص١٨١، ١٨٢.

الفرق بين التقادم والسقوط:

هناك مدد نص عليها القانون ترمي مباشرة إلى انقضاء الحق، أو انقضاء الدعوى الموكلة بحماية هذا الحق، وهذه هي مدد التقادم، وهناك مدد تعتبر مجرد إجراء تنظيمي يُقصد به توحيد النظام في وقائع معينة، يمكن أن يكون لها أثر قانوني محدد، وهذه هي مدد السقوط.

وثمة فروق بين التقادم المسقط والسقوط، وهذه الفروق هي:

أ-أن المقصود من التقادم المسقط هو حماية المدين بالالتزام ابتغاء تحقيق مصلحة عامة، وهي استقرار المعاملات، أما السقوط فالمقصود به أن يكون إجراءاً تنظيمياً توحيداً للنظام في وقائع معينة تنتج آثاراً محدودة لإمكان استعمال الحق فيها، ومثال مدد السقوط مواعيد المعارضة والاستئناف، وبهذا يكون ميعاد السقوط أحد شروط استعمال الحق، ويكون ميعاد التقادم أحد طرق انقضاء الحق أو الدعوى [1].

ب-ينظم القانون التقادم المسقط تنظيما خاصاً وموحداً، ولا نجد مثل هذا التنظيم بالنسبة للسقوط، مع أن نتائج السقوط أخطر من نتائج التقادم.

ج-يقضي السقوط على الحق بصفة نهائية، دون أن يترك أي شيء لمن كان صاحب الحق، أما التقادم فلا يصيب أصل الحق، وإنما يعدم الدعوى التي كانت لصاحب الحق، ليحمي بها حقه [2].

د-للقاضي أن يراعي ميعاد السقوط من تلقاء نفسه، بخلاف التقادم، إذ لا يجوز للمحكمة أن تقضي بالتقادم من تلقاء نفسها.

هـ-مدة السقوط متصلة، أي أنها لا تقبل الوقف، ولا الانقطاع، أما التقادم فإنه يقبل الوقف، والانقطاع.

و-كل تنازل عن ميعاد السقوط ممن له الحق فيه لا يجوز حتى لو حصل بعد ثبوت الحق فيه، وذلك لتعلق ميعاد السقوط بالنظام العام، بخلاف التقادم، فيجوز التنازل عنه بعد ثبوت الحق فيه [3].

سابعاً: ومن أنواع الدفوع بعدم القبول الدفع بحصول صلح على موضوع النزاع [1].

---

(١) حجازي، عبد الحي، النظرية العامة للالتزام، أحكام الالتزام، مطبعة الفجالة الجديدة، ١٩٥٤م، ص٣٢٣، ٣٢٤.

(٢) هذا عند من يرون أن التقادم يسقط الحق في رفع الدعوى.

(٣) الفرق، ٢-٦، حجازي، النظرية العامة للالتزام، ص٣٢٤-٣٢٥، انطاكي، أصول المحاكمات، ص٢١٠.

وهناك من يرى أن هذا الدفع هو دفع موضوعي، وذلك لأن الصلح في حد ذاته عقد يتضمن إيفاء لبعض الحق أو جميعه، وتنازلاً عن بعضه أو جميعه، فيكون الدفع به متوجهاً إلى الحق المتصالح عنه وهو الحق المدعى ذاته [٢].

ثامناً: ومن أنواع الدفع بعدم قبول الدعوى، الدفع بعدم أداء الرسم كاملاً عند تقديم المدعي دعواه إلى قلم الكتاب، وقد اختلف الرأي في هذا الدفع، فقيل إن الدعوى تعتبر غير مقبولة إذا لم يؤد المدعي الرسم كاملاً، وعليه فالدفع بعدم أداء الرسم هو دفع بعدم قبول، وقيل إن الدعوى تعتبر مقبولة، وإنما تكون قد فقدت شرطاً من الشروط الشكلية الواجبة، وبعبارة أخرى: أداء الرسم كاملاً هو إجراء شكلي يتطلبه القانون للسير في إجراءات الدعوى، وهو من الشروط الشكلية المتعلقة بالنظام العام، بحيث يمكن للخصم التمسك به في أية حالة تكون عليها إجراءات الدعوى [٣].

ترجيح الباحث: يرى الباحث أن الدفع بعدم أداء الرسم القانوني هو دفع شكلي؛ لأن الدفع بعدم القبول كما مر يوجه إلى الحق في رفع الدعوى، ودفع الرسوم كما ذكر أصحاب القول الثاني هو إجراء شكلي، والدفع إذا كان موجهاً إلى الإجراء كان دفعاً شكلياً.

-من خلال استعراض أنواع الدفع بعدم القبول السالفة الذكر، يلاحظ أن الدفع بعدم الخصومة الذي ذكره الفقهاء المسلمون يندرج تحت الدفع بعدم القبول، سواء تلك الصورة التي ذكرها الفقهاء، أو الصور المستنتجة الداخلة في الدفع بعدم الخصومة.

ويمكن استنتاج صورة ذكرها الفقهاء يكون الدفع بها دفعاً بعدم القبول، وهي كون المدعى به مستحيل الثبوت عقلاً وعادة، فقد ذهب جمهور الفقهاء إلى أن الدعوى لا تسمع ولا تقبل إذا كان المدعى به لا يحتمل الثبوت عقلاً وعادة، وذهب إلى هذا الحنفية، والمالكية، وبعض الشافعية، والحنابلة [٤]، بينما ذهب معظم فقهاء الشافعية إلى قبول الدعوى وإن كانت مخالفة للعادة [١].

---

(١) أبو هيف، المرافعات المدنية والتجارية، ص٣٨٥.

(٢) ياسين، نظرية الدعوى، ص٥٩٧.

(٣) أبو الوفا، نظرية الدفوع، ص٣١-٣٢.

(٤) ابن عابدين، قرة عيون الأخيار، ٥٥١/١١، الكاساني، بدائع الصنائع، ٤١٦/٨، ابن فرحون، تبصرة الحكام، ١٥٣/١-١٥٤، ابن جزي، محمد بن أحمد الغرناطي ت٧٤١، القوانين الفقهية في تلخيص مذهب مالك والتنبيه على مذهب الشافعية والحنفية والحنبلية، تحقيق عبدالكريم الفضيلي، المكتبة العصرية، بيروت، ط١، ١٤٢٠هـ، ٢٠٠٠م، ص٣٢١، أدب القضاء، ص٩٢، العز بن عبد السلام، عزالدين

ثالثاً: أحكام الدفع بعدم القبول:

أ-وقت الإدلاء بالدفع:

يجوز إبداء الدفع بعدم القبول في أية حالة كانت عليها الدعوى، فلا يسقط الدفع بالتعرض للموضوع، ولا يشترط إبداء الدفوع بعدم القبول جملة واحدة (٢).

وعلة ذلك: أن فكرة عدم القبول ترمي إلى تخويل القاضي سلطة تجنب مناقشة موضوع القضية، ولهذا فإن الدفع بعدم القبول يجب أن يُبدى قبل التكلم في الموضوع لكي يحقق هدفه، ولكن هناك اعتباراً آخراً وهو حق الدفاع، فهذا الاعتبار يوجب تمكين الخصم من إثارة كل ما يتعلق بوجود الحق في الدعوى في أية حالة كانت عليها الدعوى، ولذلك فإن الدفع بعدم القبول لا يسقط بالتكلم في الموضوع، كما لا يجب إبداء هذه الدفوع جملة واحدة (٣).

ب-سلطة المحكمة في إثارة الدفع:

تختلف سلطة المحكمة في هذا الشأن، حسب سبب عدم القبول، فإن كان يرجع إلى واقعة تتعلق بنشأة الحق الموضوعي، أي بعدم وجود قاعدة قانونية تحمي مصلحة من النوع الذي يتمسك به المدعي، كما هو الحال بالنسبة لعدم قبول الدعوى بطلب دين قمار، فإن على المحكمة أن تقضي بعدم القبول من تلقاء نفسها، أما إذا تعلق الأمر بأحد الأسباب الأخرى فإن الحل يتوقف حسب ما إذا كان الأمر يتعلق بالنظام العام، أو بالمصلحة الخاصة، وهذا أمر يختلف من نظام قانوني لآخر (٤).

عبدالعزيز، القواعد الكبرى الموسوم بقواعد الأحكام في إصلاح الأنام، تحقيق نزيه كمال حماد و عثمان ضميرية، دار القلم، دمشق، ط١، ١٤٢١ه، ٢٠٠٠م، ٢/٢٢٤-٢٢٥، البهوتي، منصور بن يونس بن ادريس ت١٠٥١ه، شرح منتهى الإرادات المسمى دقائق أولي النهى لشرح المنتهى، عالم الكتب، بيروت، ط٢، ١٤١٦ه، ١٩٩٦م، ٣/٥١٤.

(١) ابن حجر الهيتمي، تحفة المحتاج، ٤/٣٨٩، ابن أبي الدم، أدب القضاء، ص٩٢.

(٢) أبو سعد، محمد شتا، الموجز العلمي في الدفع بعدم القبول، دار الفكر الجامعي، ١٩٩٧م، ص٢٥، بعض القوانين القديمة كالقانون الفرنسي قبل التجديد كانت توجب ابداء الدفع بعدم القبول قبل الكلام في الموضوع، وقسم بعضهم الدفع بعدم القبول إلى دفوع منها ما يتصل بالموضوع كالدفع بإنتفاء المصلحة، وهذه يجوز ابداؤها في أية حالة تكون عليها الدعوى، ودفوع مبناها السقوط لانقضاء الميعاد وهذه يجب أن تبدى قبل التكلم في الموضوع، انظر: أبو الوفا، نظرية الدفوع، ص٨٧٩، ٨٨٠.

(٣) والي، مبادئ قانون القضاء، ص٤٣٩، نبيل عمر، قانون المرافعات، ص٣٠٨.

(٤) والي، مبادئ قانون القضاء، ص٤٣٩.

ويمكن اعتبار عدم القبول لعدم توافر اعتداء، أو لعدم توافر الصفة لدى المدعي، أو المدعى عليه متعلقة بالنظام العام، أما الدفع بعدم قبول الدعوى لسبق الفصل فيها، وكذلك الدفع بالتقادم فإنهما غير متعلقين بالنظام العام [١].

ج-وقت الفصل في الدفع:

للمحكمة أن تفصل في الدفع بعدم القبول وحده على استقلال، أو مع الموضوع [٢]، إلا أن المنطق يقضي بأن تفصل المحكمة في الدفع بعدم القبول قبل الفصل في الموضوع، فقد يغنيها الفصل في الأول عن التعرض للثاني، إذا تبين لها فعلاً عدم قبول الدعوى [٣].

د-استنفاذ المحكمة لولايتها:

إذا قبلت المحكمة الدفع بعدم القبول فإنها تستنفذ ولايتها في الفصل في موضوع الدعوى، فإذا استؤنف الحكم ورأت محكمة الاستئناف إلغاءه، والحكم بقبول الدعوى، فإنها لا تعيد القضية إلى محكمة الدرجة الأولى التي استنفذت ولايتها بالحكم في هذا الدفع، بل يتعين على محكمة الاستئناف أن تمضي في نظر الدعوى موضوعياً، ولا يعد ذلك إخلالاً بمبدأ التقاضي على درجتين [٤].

ويرى كثير من فقهاء القانون أنه يجب في هذه الحالة إعادة القضية إلى محكمة الدرجة الأولى لتنظر في الموضوع؛ لأن محكمة الاستئناف في هذه الحالة تنظر موضوعاً لم يُنظر من محكمة الدرجة الأولى، وتخالف بذلك مبدأ التقاضي على درجتين [٥].

ترجيح الباحث:

يرى الباحث أن الرأي الراجح في هذه المسألة، هو إعادة الدعوى إلى محكمة الدرجة الأولى في حال حكمت هذه المحكمة بقبول الدفع بعدم القبول، وليس لمحكمة الاستئناف النظر في الدعوى موضوعياً إن هي ألغت حكم محكمة البداية؛ لأن نظرها في الدعوى موضوعياً يعد إخلالاً بمبدأ التقاضي على درجتين، فمحكمة الدرجة الأولى لم تنظر الموضوع كما ذكر

---

(١) العشماوي، ٣٠٧/٢، القشطيني، شرح أحكام المرافعات، ٢٥٨، ٢٥٩.

(٢) نبيل عمر، قانون المرافعات، ص٣١٤.

(٣) مرجع سابق، ص٣١٤.

(٤) الجميعي، مبادئ المرافعات، ص٤٧٢.

(٥) والي، مبادئ قانون القضاء، ص٤٤١، نبيل عمر، قانون المرافعات، ص٣١٢، ٣١٣، العشماوي، قواعد المرافعات، ٣٠٥/٢.

أصحاب القول الثاني، كما يمكن قياس هذه المسألة على حكم المحكمة بقبول الدفع الشكلي، فإذا حكمت المحكمة بقبول الدفع الشكلي، واستؤنف هذا الحكم، ورأت محكمة الاستئناف إلغاء الحكم، فإنه يترتب على ذلك –كما سيأتي لاحقاً– إعادة الدعوى إلى محكمة الدرجة الأولى لتنظر فيها موضوعياً، ولا يوجد فرق بين حكم محكمة الدرجة الأولى بقبول الدفع بعدم القبول وبين حكمها بقبول الدفع الشكلي، ففي كلا الحالين فإن محكمة الدرجة الأولى لن تنظر في موضوع الدعوى، ولذلك لا يوجد سبب للتفرقة.

هذا إذا قبلت محكمة الدرجة الأولى الدفع ثم استؤنف الحكم الصادر بقبوله، ولكن ماذا لو حكمت محكمة الدرجة الأولى برفض الدفع بعدم القبول، ثم استؤنف الحكم أمام محكمة الاستئناف.

إن الحكم الصادر برفض الدفع بعدم القبول لا يجوز استئنافه على استقلال؛ لأنه لا ينهي الخصومة أمام المحكمة، ولذلك لا يصح استئنافه إلا مع الحكم الصادر في الموضوع [1].

هـ–حجية الحكم الصادر في الدفع:

إذا حُكم برفض الدفع، فإن هذا الحكم لا يُمنح أي حماية قضائية، ولا يحوز الحجية، أما إذا حُكم بقبول الدفع، وبالتالي ردّ الدعوى، فإن حجية هذا الحكم تختلف حسب ما إذا كان مؤداه الفصل في الدعوى أم لا، فإذا لم يكن فاصلاً في الدعوى، كما هو الحال في الحكم بعدم قبولها لرفعها قبل الأوان فلا حجية للحكم، وبالتالي لا مانع من أن يعود المدعي فيرفع نفس الدعوى بعد ذلك عند حلول أجل الدين، أما إذا كان الحكم بقبول الدفع يؤدي إلى الفصل في الدعوى، كما في حالة الحكم بقبول الدفع لانعدام صفة المدعي، أو لانقضائها بالتقادم، فإن الحكم يحوز الحجية، فلا يستطيع المدعي رفع الدعوى من جديد، ذلك أن هذا الحكم يعتبر فاصلاً في الدعوى، وإن تم الفصل فيها دون بحث موضوعها، بسبب وضوح عدم توافر أحد شروطها، أو انقضائها [2].

---

(١) العشماوي، قواعد المرافعات، ٢/٣٠٥، ٣٠٦.

(٢) والي، مبادئ قانون القضاء، ص٤٤٢، وانظر أبو الوفا، نظرية الدفوع، ٨٩٠.

المطلب الثالث: الدفوع الشكلية، وأنواعها، وأحكامها:

سأتناول في هذا المطلب تعريف الدفوع الشكلية التي هي عنوان الأطروحة، وسأتناول أيضاً أنواع الدفوع الشكلية، إضافة إلى أحكام الدفوع الشكلية بشكل عام، وفي الفصول القادمة أفصل أنواع الدفوع الشكلية المتفق عليها، وأحكام هذه الدفوع.

الفرع الأول: تعريف الدفوع الشكلية:

بداية فإن فقهاء القانون وشراحه مجمعون على أن الدفع الشكلي يوجه إلى إجراءات رفع الدعوى، ولذلك فمعظم التعريفات التي وضعوها للدفع الشكلي يشبه بعضها بعضا، ومن أهم هذه التعريفات، ما يلي:

تعريف العشماوي، حيث عرف الدفع الشكلي بأنه:"الوسيلة التي يدفع بها المدعى عليه الخصومة بغير أن يواجه موضوعها، أو يناقشه، وذلك ليتجنب الفصل فيه إلى أجل معين، أو لحين قيام المدعي باستيفاء إجراءات خاصة" (١).

وعرف الدكتور أبو الوفا الدفوع الشكلية بأنها:"الوسائل التي يستعين بها الخصم، ويطعن بمقتضاها في صحة إجراءات الخصومة دون أن يتعرض لأصل الحق الذي يزعمه خصمه، فيتفادى بها مؤقتاً الحكم عليه بمطلوب خصمه" (٢).

وعرف الدكتور وجدي راغب الدفع الشكلي بأنه:" الدفع الذي يوجه إلى إجراءات الخصومة، بغرض استصدار حكم ينهي الخصومة دون الفصل في موضوعها، أو يؤدي إلى تأخير الفصل فيه" (٣).

يلاحظ من هذه التعريفات أن الدفع الشكلي يوجه إلى إجراءات الخصومة، دون تعرض للحق موضوع الدعوى، فمحل الدفع الشكلي إذن هو إجراءات الخصومة، فإن وجد خلل في هذه الإجراءات التي أوجب القانون مراعاتها كان من حق الخصم ومن حق المحكمة أيضاً الدفع بذلك، الأمر الذي يؤدي إلى تأخير الحكم في الدعوى، وأحياناً إنهاء النزاع أمام المحكمة التي قدمت إليها الدعوى، كما في حالة الدفع بعدم الاختصاص الوظيفي والمكاني. وعليه يمكن **تعريف الدفع الشكلي** بأنه: دعوى يوجهها المدعى عليه، أو المتضرر، أو

---

(١) العشماوي، قواعد المرافعات، ٢/٢١٢.

(٢) أبو الوفا، نظرية الدفوع، ص١١.

(٣) وجدي راغب، الموجز في مبادئ القضاء، ص٣٦١.

المحكمة إلى إجراءات رفع الخصومة، بغرض إنهائها مؤقتاً دون الفصل في موضوعها، أو تأخير الفصل فيها.

شرح مفردات التعريف:

القول بأنه "دعوى" ليتحقق في الدفع جميع الشروط المطلوبة في الدعوى.

وقوله" المدعى عليه، أو المتضرر، أو المحكمة" لبيان من يجوز له ابداء الدفع، وأن ابداءه لا يقتصر على المدعى عليه، وليدخل في هذا التعريف الدفوع التي تتعلق بالنظام العام، والتي يجوز للمحكمة إثارتها من تلقاء نفسها.

وقوله"إلى إجراءات الخصومة" ليخرج بذلك الدفع الموضوعي الذي يوجه إلى الحق المدعى به، والدفع بعدم القبول الذي يوجه إلى الحق في رفع الدعوى.

وقوله"بغرض إنهائها مؤقتاً دون الفصل في موضوعها،أو تأخير الفصل فيها" لبيان الغرض من إثارة الدفع الشكلي، إذ يقصد من إثارته أمران ، هما:

أ-إنهاء الخصومة مؤقتاً، كما في حالة الدفع بعدم الاختصاص، إذ إن قبول هذا الدفع يؤدي إلى إنهاء الخصومة أمام المحكمة التي رفعت إليها، ولكن هذا الإنهاء يكون مؤقتاً، حيث يستطيع المدعي رفع دعواه من جديد أمام المحكمة المختصة.

ب_تأخير الفصل في الخصومة، فتبقى قائمة أمام المحكمة، ولكن يتأخر الفصل فيها إلي حين تدارك ما وُجه إلى الدفع، كالدفع ببطلان أوراق التبليغ.

هذا ويطلق على الدفوع الشكلية عند بعض شراح القانون اسم الدفوع الفرعية، فقد قسموا الدفوع إلى نوعين: الأول: يتعلق بأساس الدعوى وهو يدور على إثبات المدعى به، أو نفيه، وهو الدفع الأساسي، أو الموضوعي، والثاني: لا يتعلق بأساس الدعوى، بل يتناول أموراً أخرى فرعية، كأن يطعن في شكل الطلب، ويقال له الدفع الفرعي (١).

الفرع الثاني: أقسام الدفوع الشكلية:

يقسم بعض الشراح الدفوع الشكلية حسب أهدافها إلى الأنواع الآتية:

أ-نوع يتضمن إنكار اختصاص المحكمة المرفوع إليها النزاع، أو طلب إحالته على محكمة أخرى، وبالتالي خروج النزاع من ولاية المحكمة، كالدفع بعدم الاختصاص الوظيفي والمكاني، والدفع بالإحالة.

---

(١) الخوري، فارس ، أصول المحاكمات الحقوقية، الدار العربية، عمان، ط٢، ١٤٠٧هـ، ١٩٨٧م، ص٣٠٤، أبو هيف، المرافعات المدنية والتجارية، ص٣٧٨.

ب-نوع يقصد به تأخير الفصل في النزاع، كالدفع ببطلان أوراق التبليغ، والدفع بعدم تأجيل الدعوى المدة التي نص عليها القانون.

ج-نوع يقصد به التخلص من الخصومة القائمة، سواء بسبب سقوطها، أو انقضائها بالتقادم، أو تركها [١].

وقد انتقد بعض الشراح هذا التقسيم، وقالوا ان هذا التقسيم تعوزه الدقة، إذ يُدخل واضعوه الاطلاع على المستندات في النوع الثاني، مع أنه لا يقصد به تأخير الفصل في النزاع، بل هو لا يعتبر دفعاً في الواقع، إذ لا يعدو أن يكون مجرد طلب لتأجيل نظر الدعوى وقتاً يهيئ فيه الخصم مستنداته، كما أن التسمية المعطاة للنوع الثالث تشمل بعض أنواع الدفوع بعدم القبول التي تؤدي إلى التخلص من الحق نهائياً، من غير مواجهة الموضوع، كالدفع بالتقادم مثلاً [٢].

ومن الشراح من يقسم الدفوع الشكلية حسب المتمسك بها إلى:

أ-دفوع شكلية نسبية: وهي ما تعلقت بمصلحة أحد الخصوم، واقتصر حق التمسك بها عليه، فلا يكون لغيره التمسك بها.

ب-دفوع شكلية مطلقة: وهي ما تعلقت بالنظام العام، وجاز إبداؤها من الخصوم جميعاً، وفي أي وقت، وفي أية حالة تكون عليها الدعوى، وامتنع على الخصوم الاتفاق على التنازل عنها، وجاز على النيابة -كخصم منضم- أن تبديها، وعلى المحكمة أن تحكم بها من تلقاء نفسها [٣].

ومنهم من يقسمها من حيث إنهاء الخصومة إلى قسمين، هما:

الأول: دفوع شكلية تنهي الخصومة في الدعوى، بمعنى أن الدفع الشكلي إذا ثبت فإن المحكمة ترد الدعوى، كالدفع بعدم الاختصاص الوظيفي، أو القيمي.

الثاني: دفوع شكلية لا تنهي الخصومة في الدعوى، وتبقى الدعوى منظورة أمام المحكمة، كالدفع ببطلان أوراق التبليغ، والدفع بعدم تأجيل الدعوى المدة التي نص عليها القانون [٤].

---

(١) أبو الوفا، نظرية الدفوع، ص١٨٩، العشماوي، قواعد المرافعات، ص٢١٢.

(٢) العشماوي، قواعد المرافعات، ٢/٢١٢، ٢١٣.

(٣) مرجع سابق، ٢/٢١٣.

(٤) ذياب، زياد صبحي، الدفوع الشكلية في الفقه الإسلامي والقانون، المكتبة الوطنية، ١٩٩٤، ص١٨، ١٩.

وينبغي التنبيه إلى أن المقصود من إنهاء الخصومة في القسم الأول هو إنهاؤها أمام المحكمة التي رُفعت لها الدعوى، لا إنهاء الخصومة نهائياً بحيث لا يجوز رفعها من جديد.

الفرع الثالث: أنواع الدفوع الشكلية:

ذهب بعض شراح القانون إلى عدم وجود دفوع شكلية خارج تلك التي نص عليها القانون، وهي:

أ-الدفع بعدم اختصاص المحكمة بالنظر في الدعوى.

ب-الدفع بطلب إحالة الدعوى إلى محكمة أخرى.

ج-الدفع ببطلان أوراق التكليف بالحضور [١].

إلا أن الرأي الغالب أن الدفوع الشكلية لم ترد في القانون على سبيل الحصر، فإذا وجدت وسيلة معينة لها صفات الدفع الشكلي فليس منطقياً عدم اعتبارها كذلك، بزعم أن القانون لم يعطها هذا التكييف [٢].

وعليه يضاف إلى الأنواع الثلاثة السالفة الذكر كثير من الدفوع التي اعتبروها دفوعاً شكلية، ومن أهمها:

أ-الدفع بعدم أداء كامل الرسم المقرر لرفع الدعوى [٣].

ب-الدفع بطلب الإطلاع على مستندات الخصم في الدعوى [٤].

وقد مر أن هذا الدفع لا يعتد به عند بعض الشراح، إذ يعد مجرد طلب لتأجيل نظر الدعوى وقتاً يهيئ فيه الخصم مستنداته.

الفرع الرابع: شرط قبول الدفوع الشكلية:

إن شرط قبول الدفع الشكلي هو توافر المصلحة في إبدائه، وبما أن القانون قد حدد مقدماً شكل الإجراءات، وراعى في ذلك تحقيق مصلحة معينة، وافترض مقدما حصول الضرر بمجرد حصول المخالفة، فإن المصلحة في إبداء الدفع الشكلي تتحقق بمجرد حصول المخالفة، دون حاجة إلى تكليف مُبدي الدفع بإثبات ضرر خاص مسه بسبب تلك

---

(١) العشماوي، قواعد المرافعات، ٢/٢١٤.

(٢) والي، مبادئ قانون القضاء، ص٤٣١، ٤٣٢.

(٣) أبو الوفا، نظرية الدفوع، ص٣١.

(٤) أبو هيف، المرافعات المدنية، ص٣٨٣.

المخالفة [١]، على أنه يجب مراعاة قاعدة وجوب إبداء الدفع من صاحب المصلحة، كالدفع بالبطلان، فلا يجوز أن يتمسك بالبطلان إلا من شرع البطلان لصالحه [٢].

الفرع الخامس: أحكام الدفوع الشكلية:

أولاً–وقت الإدلاء بالدفع:

يجب إبداء الدفوع الشكلية قبل الكلام في الموضوع، أو إبداء دفع بعدم القبول، وإلا سقط الحق في إبدائها، وعليه فإن إبداء أي طلب، أو دفع موضوعي، أو دفع بعدم القبول قبل إبداء الدفع الشكلي يؤدي إلى سقوط الحق في إبدائه [٣].

والحكمة من ذلك ترجع إلى أنه ليس من العدالة ترك المدعي مهدداً بمثل هذه الدفوع الشكلية في جميع مراحل التقاضي، وليس مما يتفق مع مبدأ فعالية الإجراءات والاقتصاد فيها أن يصدر حُكم يكون مهدداً بالزوال لبطلان الإجراءات التي صدر من خلالها، فلو أتيحت الفرصة للخصوم لإبداء الدفوع الشكلية في أية حالة كانت عليها الدعوى، فإن ذلك يشجع الخصم على الانتظار إلى قرب نهاية الإجراءات، أو حتى إلى ما بعد صدور الحكم، ويتمسك بالدفع الشكلي، فيضيع الوقت، والجهد، والنفقات دون فائدة، ثم يضطر المدعي إلى بدء الخصومة من جديد بعد أن تكون قد قطعت شوطاً كبيراً [٤].

ولكن إذا كان الكلام في الموضوع يسقط الحق في إبداء الدفع الشكلي، فما المقصود بالكلام في الموضوع؟

يتحقق الكلام في الموضوع بإحدى الصور الآتية:

أ–إبداء الطلبات المتعلقة بالموضوع: فإبداء المدعى عليه بطلب عارض يتعلق بالموضوع، كطلب المقاصة القضائية مثلاً، يعد كلاماً في الموضوع، وبالتالي يسقط الحق في إبداء الدفوع الشكلية [٥].

---

(١) أبو الوفا، نظرية الدفوع، ص٤٤، نبيل عمر، قانون المرافعات، ص٢٩٣.

(٢) نبيل عمر، قانون المرافعات، ص٢٩٣، ٢٩٤.

(٣) وجدي راغب، الموجز في مبادئ القضاء، ص٣٦٢، والي، مبادئ قانون القضاء، ص٤٣١، نبيل عمر، قانون المرافعات، ص٢٩٤، الظاهر، محمد الظاهر، شرح قانون أصول المحاكمات المدنية، دائر المكتبة الوطنية، ط١، ١٤١٨هـ–١٩٩٧م، ص٣٩٤.

(٤) نبيل عمر، قانون المرافعات، ص٢٩٤، ٢٩٥، والي، مبادئ قانون القضاء، ص٤٣١.

(٥) نبيل عمر، قانون المرافعات، ص٢٩٥.

وعلة ذلك أن التحفظ لو كان محدداً لا يمكن أن يعتبر تمسكاً بالدفع، ولا يؤدي بالتالي إلى تحقيق الهدف وهو التخلص من المسائل الإجرائية قبل مناقشة الموضوع [١].

هذا ولا يعتبر كلاماً في الموضوع مسقطاً للحق في إبداء الدفوع الشكلية الأمور الآتية:

أ-التعرض للموضوع بصفة عامة غير محددة، أو بعبارات ذات طابع شكلي محض، كالقول بأن الادعاء لا أساس له على أية حال، إذ لا يعتبر ذلك دخولاً في موضوع القضية بالمعنى الصحيح [٢].

ب-الكلام في الموضوع بالمعنى الصحيح ولكن في نفس الورقة التي تم إبداء دفع شكلي فيها، ولو كان ترتيب الكلام في الموضوع سابقاً على إبداء الدفع من حيث الترتيب الوارد في الورقة [٣].

ج-الكلام في الموضوع من أحد الخصوم لا يؤدي إلى سقوط حق غيره في التمسك بدفوعه الشكلية؛ لأنه لا يصح أن يؤاخذ الخصم بتصرف غيره، أو بإهماله [٤].

ويستثنى من قاعدة وجوب إبداء الدفوع الشكلية قبل الكلام في الموضوع الحالات الآتية:

أ-الدفوع الشكلية المتعلقة بالنظام العام، كالدفع بعدم الاختصاص الوظيفي للمحكمة، فلا يسقط الحق فيها بالتعرض لموضوعها، ويجوز إبداؤها في أية حالة تكون عليها الدعوى [٥]، كما يعد التمسك بعدم صلاحية القاضي للنظر في الدعوى من النظام العام، وعليه يجوز التمسك بذلك في أية حالة تكون عليها الخصومة [٦].

---

(١) والي، مبادئ قانون القضاء، ص٤٣٢.

(٢) والي، مبادئ قانون القضاء، ص٤٣٢.

(٣) نبيل عمر، قانون المرافعات، ص٢٩٧، وجدي راغب، الموجز في مبادئ القضاء، ص٣٦٣.

(٤) العشماوي، قواعد المرافعات، ٢٢٢/٢.

(٥) القضاة، أصول المحاكمات المدنية، ص٢٧٣.

(٦) أبو الوفا، نظرية الدفوع، ص١٧٢.

ب-الدفوع الشكلية التي ينشأ سببها بعد التكلم في الموضوع، كالدفع بسقوط الخصومة، فمع نشأة العيب في الإجراء يجب أن ينشأ أيضاً للمدعى عليه حق للدفاع عن مصالحه، بأن تكون له سلطة إبداء دفع موجه إلى ذلك العيب [1].

وتجدر الإشارة إلى أن حق المدعى عليه في إبداء الدفوع الشكلية يسقط إذا لم يبدها في لائحة الطعن [2]، ويقصد بهذا الحالة التي يريد فيها الطاعن إلغاء الحكم الصادر ضده استناداً إلى عيوب إجرائية، وهذه العيوب قد تشوب الحكم ذاته، أو إعلانه -عندما يبدأ الطعن من تاريخ إعلان الحكم استثناءً- أو تشوب الخصومة التي صدر فيها هذا الحكم ولم يكن الحق في إبداء الدفوع الإجرائية المتعلقة بهذه الخصومة قد سقط، كما لو غاب المدعى عليه الذي أعلن إعلاناً باطلاً أمام محكمة الدرجة الأولى، وصدر عليه حكم في موضوعها بناء على هذا الإعلان الباطل، ففي هذه الحالة يسقط الحق في إبداء هذه العيوب الإجرائية بعدم إبدائه في صحيفة الطعن، ولو فرض وكان الطاعن لم يتكلم في هذه الصحيفة في الموضوع [3].

ثانياً-من أحكام الدفوع الشكلية:

وجوب إبدائها معاً ووجوب إبداء جميع الوجوه التي تنبني عليها معاً أيضاً، وإلا سقط الحق فيما لم يبدَ منها، وقد كانت بعض التشريعات تنص على ترتيب معين يجب مراعاته في إبداء الدفوع الشكلية، بحيث يسقط الحق في إبداء الدفع إذا لم يحترم بشأنه هذه الترتيب، ولكن تم العدول عن ذلك إلى وجوب إبداء الدفوع الشكلية معاً قبل إبداء أي طلب أو دفاع في الدعوى، وإلا سقط الحق فيما لم يُبد منها، وعلى هذا لا يستطيع المدعى عليه أن يبدي مثلاً دفعاً بعدم الاختصاص ثم يبدي دفعاً بعد ذلك ببطلان صحيفة الدعوى، وعلة هذه القاعدة هي الرغبة في تصفية المشاكل المتعلقة بالإجراءات معاً [4].

وكذلك يجب مراعاة الأسباب التي ينبني عليها الدفع الشكلي معاً، فقد يحدث أن يبدي المدعى عليه دفعاً شكلياً مستنداً في ذلك على سبب مولد لهذا الدفع، ثم يحدث أن يتمسك بذات

---

(١) القضاة، أوصل المحاكمات المدنية، ص٢٧٩٣، جميعي، شرح قانون المرافعات، ص١١٤، نبيل عمر، قانون المرافعات، ص٢٩٨.

(٢) القضاة، أصول المحاكمات المدنية، ص٢٧٣.

(٣) نبيل عمر، قانون المرافعات، ص٢٩٩.

(٤) والي، مبادئ قانون القضاء، ص٤٣٣، أبو الخير، محمد كمال ، قانون المرافعات معلقاً على نصوصه بآراء الفقهاء وأحكام القضاء، ط٥، ١٩٦٣م، ص٢٨٦.

الدفع ولكن بالاستناد إلى سبب آخر غير الذي ذكر، كأن يدفع المدعى عليه ببطلان صحيفة الدعوى لوجود نقص في أحد بياناتها، ثم يدفع في مناسبة لاحقة بنفس الدفع، وهو بطلان صحيفة الدعوى، ولكن بالاستناد إلى وجود نقص في بيان آخر من بيانات الصحيفة لم يكن قد ذكره أول مرة، ففي هذه الحالة لا يُقبل دفعه، حتى وإن لم يكن قد تكلم في الموضوع، وذلك لوجوب إبداء جميع الوجوه التي ينبني عليها الدفع معاً [١].

وبصرف النظر عما إذا كان قد سبق الحكم في الدفع، أو الوجه الذي أبدي قبل ذلك أم لا. والحكمة من هذه القاعدة كما –ذكر سابقاً– هي التخلص من المشاكل المتعلقة بالإجراءات قبل الدخول في الموضوع [٢].

ثالثاً–وقت الفصل في الدفوع الشكلية:

يجب مبدئياً على المحكمة أن تفصل في الدفوع الشكلية قبل البحث في موضوع النزاع، إذ قد يغنيها الفصل في تلك الدفوع عن التعرض للموضوع، الأمر الذي يوفر على الخصوم والمحكمة الوقت، والجهد أمام محكمة غير مختصة، أو في خصومة لم تنعقد [٣].

ومع ذلك فيجوز للمحكمة أن تضم الدفع الشكلي للموضوع، وتفصل فيهما معاً بحكم واحد، ولكن ذلك مشروطٌ بشرطين، هما:

الشرط الأول: أن تبين المحكمة ما حكمت به في كل من الدفع الشكلي والموضوع، حتى يكون الخصوم على بينة من حقيقة حكمها في الدفع، والأسباب التي بني عليها هذا الحكم [٤].

الشرط الثاني: ألا يتعارض الضم مع ما لطرفي الخصومة من حق الدفاع، فإذا لم يكن الخصوم قد أبدوا دفاعهم في الموضوع، أو لم تكن المحكمة قد نبهتهم للتكلم فيه، فإن حكمها في الدفوع والموضوع معاً يكون باطلاً، لإخلاله بحق الخصوم في الدفاع [٥].

ولكن يجب في هذا المقام ملاحظة ما يلي:

---

(١) نبيل عمر، قانون المرافعات، ص٢٩٨، ٢٩٩.

(٢) والي، مبادئ قانون القضاء، ص٤٣٣.

(٣) العشماوي، قواعد المرافعات، ٢/٢٢٤، انطاكي، أصول المحاكمات، ص٢٠٩، مسلم، أصول المرافعات، ص٥٦٩.

(٤) العشماوي، مرجع سابق، ٢/٢٢٤، مفلح القضاة، أصول المحاكمات المدنية، ص٢٧٢.

(٥) والي، مبادئ قانون القضاء، ص٤٣٥، وجدي راغب، الموجز في مبادئ القضاء، ص٣٦٤.

- أن طلب ضم الدفع إلى الموضوع ليس حقاً لأحد من الخصوم، إذ لا مصلحة لأي منهم فيه، فالمسألة تدخل في السلطة التقديرية الكاملة للمحكمة (1).

- إن قرار الضم لا يعني وجوب الفصل في الموضوع، فقد تأمر المحكمة بالضم، ثم تصدر قراراً في الدفع وحده يغني عن الفصل في الموضوع، كما لو قبلت الدفع الشكلي فحكمت بعدم الاختصاص (2).

وفي حالة تعدد الدفوع الشكلية، يجب على المحكمة أن تقضي أولاً في الدفع بعدم الاختصاص أياً كان نوعه، ثم تتدرج بعدئذ لباقي الدفوع والدفع بعدم القبول إذا كانت قد حكمت باختصاصها بنظر الدعوى؛ لأن المحكمة لا ولاية لها في القضاء في باقي الدفوع الشكلية ما لم تكن مختصة بنظر النزاع (3).

وإذا حصل التمسك أمام محكمة الطعن بعدم قبوله شكلاً، وبعدم اختصاصها هي بنظره، أو بعدم اختصاص محكمة الدرجة الأولى بنظر الدعوى، وجب عليها أولاً أن تقضي بقبول الطعن شكلاً؛ لأن الخصومة لا تنعقد إلا إذا كان مقبولاً شكلاً، فسلطة محكمة الطعن مشروطة وقبل نظر أي دفع فيه بقبوله شكلاً (4).

وكذلك إذا حصل التمسك بعدم قبول الطلبات العارضة، أو التدخل بسبب انتفاء الارتباط بينهما وبين الدعوى الأصلية، أو للإدلاء بها بعد إقفال باب المرافعة في الدعوى بعد التمسك بعدم اختصاص المحكمة بنظرها، وجب على المحكمة أن تقضي أولاً في الدفع بعدم قبول الطلبات العارضة قبل الدفع بعدم اختصاص المحكمة بنظرها (5).

رابعاً-حجية الحكم الصادر في الدفع الشكلي:

إن الحكم الصادر بقبول الدفع الشكلي لا يمس أصل الحق، ولا يترتب عليه إنهاء النزاع، وإنما يترتب عليه انقضاء الخصومة أمام المحكمة، كما هو الحال بالنسبة للحكم الصادر بقبول الدفع بعدم الاختصاص، أو ببطلان ورقة التكليف بالحضور، ويجوز تجديد

---

(١) والي، مرجع سابق، ص٤٣٥.

(٢) وجدي راغب، ، ص الموجز في مبادئ القضاء ٣٦٥، فتحي والي، مبادئ قانون القضاء ، ص٤٣٥.

(٣) أبو الوفا، نظرية الدفوع، ص١٥.

(٤) مرجع سابق، ص١٦.

(٥) مرجع سابق ، ص١٦.

الخصومة بمراعاة الإجراءات الصحيحة إذا لم يكن الحق قد سقط بسبب من الأسباب [١]. وعليه فإن الحكم الصادر بقبول الدفع الشكلي لا يحوز حجية الأمر المقضي.

خامساً- الطعن في الحكم الشكلي: لا يستنفذ الحكم في الدفع الشكلي سلطة محكمة الدرجة الأولى بالنسبة للموضوع:

ولكن يستنفذ سلطة المحكمة بالنسبة للنظر في الدفع الذي حكمت فيه، وبيان ذلك أن المحكمة إذا أصدرت حكماً بقبول الدفع الشكلي، فإن استئناف هذا الحكم لا يجيز لمحكمة الاستئناف النظر في الموضوع، بل تقتصر ولايتها على مجرد إعادة النظر في الدفع، وإذا ألغت الحكم الصادر في الدفع، فيتعين إعادة القضية إلى محكمة الدرجة الأولى لتنظر في موضوعها؛ لأن الاستئناف لا يطرح على محكمة الدرجة الثانية (الاستئناف) إلا ما رفع عنه الاستئناف من قضاء محكمة الدرجة الأولى [٢].

وأما في حالة رفض الدفع الشكلي، فإنه لا مجال للطعن فيه إلا مع موضوع الدعوى ذاتها وبعد صدور قرار حكم فيه، وذلك استناداً إلى أن الأحكام التي تصدر أثناء سير الدعوى ولا تنتهي بها الخصومة يحظر الطعن فيها إلا بعد صدور الحكم المنهي للخصومة كلها [٣].

أهمية التمييز بين الدفوع الشكلية والدفوع الموضوعية:

بعد ذكر أحكام كل من الدفوع الموضوعية،والدفوع الشكلية يتبين أن هناك فروقاً عديدة بينهما، تتلخص في الآتي:

أ-أن الدفوع الموضوعية يجوز التمسك بها في جميع أدوار الخصومة، وفي أية حالة كانت عليها القضية لغاية انتهاء المرافعة، أما الدفوع الشكلية، فيجب إبداؤها قبل التكلم في الموضوع وإلا سقط الحق في الإدلاء بها، ويستثنى من ذلك الدفوع الشكلية المتعلقة بالنظام العام [٤].

ب-يجب إبداء جميع الدفوع الشكلية معا، وبأسبابها قبل التكلم في الموضوع، وإلا سقط الحق فيما لم يُبدَ منها، ما لم يتصل بالنظام العام، وعلى ذلك يعتبر تنازلاً عن الدفع

---

(١) مرجع سابق، ص١٦.

(٢) أبو الوفا، نظرية الدفوع، ص١٦، ١٧.

(٣) الظاهر، شرح قانون أصول المحاكمات، ص٣٩٥.

(٤) أبو هيف، المرافعات المدنية، ص٣٨٠، الشرقاوي جميعي، شرح قانون المرافعات، ص١١٧.

الشكلي مجرد تقديم دفع آخر عليه، أما في الدفوع الموضوعية فلا يعتبر تنازلاً عن الدفع الموضوعي مجرد تقديم دفع آخر عليه، فيجوز الإدلاء بها على مراحل [١].

ج-يجب على المحكمة أن تقضي أولاً في الدفوع الشكلية قبل البحث في الموضوع، إلا إذا قررت ضم الدفع الشكلي للموضوع، وبالشروط التي مرت سابقاً، أما في حالة الدفوع الموضوعية فإن المحكمة تفصل فيها بعد البحث في الموضوع [٢].

د-إن الحكم الصادر بقبول الدفع الموضوعي يترتب عليه إنهاء النزاع على أصل الحق المدعى به، وهذا الحكم يحوز حجية الشيء المحكوم به، فلا يجوز تجديد الخصومة لنفس السبب، والموضوع، وبين الخصوم أنفسهم، أما الحكم الصادر بقبول الدفع الشكلي فلا يمس أصل الحق، وبالتالي لا يترتب عليه إنهاء النزاع، وإنما يترتب عليه فقط انقضاء الخصومة أمام المحكمة، ومن ثم يستطيع المدعي تجديد الخصومة بمراعاة الإجراءات الصحيحة ما لم يكن الحق قد سقط لسبب من الأسباب، كسقوطه بالتقادم مثلاً [٣].

هـ-إن استئناف الحكم الصادر بقبول الدفع الشكلي لا يطرح على محكمة الاستئناف إلا الخصومة في الدفع، أما الموضوع فتفصل فيه محكمة الدرجة الأولى، بينما استئناف الحكم الصادر بقبول الدفع الموضوعي يعيد طرح الموضوع على المحكمة الاستئنافية، مما يتعين عليها إن هي ألغت الحكم الابتدائي -الصادر بقبول الدفع الموضوعي- أن تقضي من جديد في موضوع الدعوى [٤].

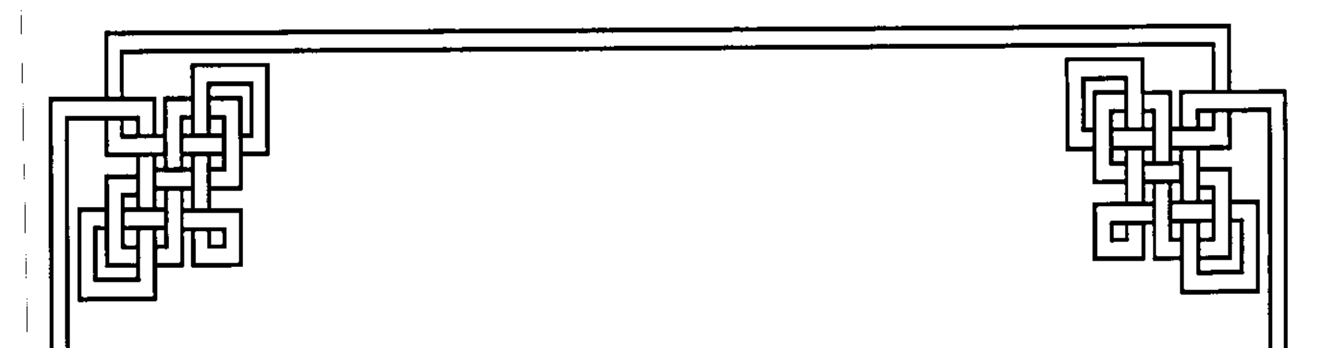
---

(١) أبو الوفا، مرجع سابق، ص١٥، نبيل عمر، قانون المرافعات، ص٢٨٨.

(٢) مسلم، أصول المرافعات، ص٥٦٩.

(٣) أبو الوفا، نظرية الدفوع، ص١٦، العشماوي، قواعد المرافعات، ٢١٧/٢.

(٤) الشرقاوي، جميعي، شرح قانون المرافعات، ص١١٦، ١١٧، أبو الوفا، نظرية الدفوع، ص١٦، ١٧.



الفصل الثالث

الدفع بعدم الاختصاص

المبحث الأول: الدفع بعدم الاختصاص في القانون.

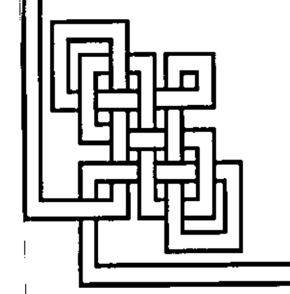
المطلب الأول: الدفع بعدم الاختصاص الوظيفي.

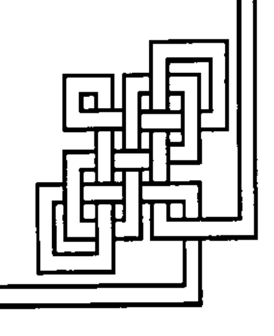
المطلب الثاني: الدفع بعدم الاختصاص القيمي.

المطلب الثالث: الدفع بعدم الاختصاص النوعي.

المطلب الرابع: الدفع بعدم الاختصاص المحلي.

المبحث الثاني: الدفع بعدم الاختصاص في الفقه الإسلامي.





المبحث الأول

الدفع بعدم الاختصاص في القانون

تمهيد:

الاختصاص في اللغة هو: الانفراد، يقال: خصصه، واختصه أفرده به دون غيره، ويقال: اختص فلان بالأمر، وتخصص له إذا انفرد [1].

أما في الاصطلاح القانوني فيقصد بالاختصاص: السلطة الممنوحة لجهة قضائية، أو لمحكمة من محاكم هذه الجهات، للفصل في خصومة معينة [2].

والقول بأن الاختصاص هو السلطة الممنوحة لجهة قضائية، أو لمحكمة، ليس فيه تكرار، فكلمة "جهة قضائية" تختلف في مدلولها الاصطلاحي عن كلمة"محكمة" وتوضيح ذلك أن هناك دولاً كثيرة يقسم فيها القضاء إلى عدة جهات، كجهة القضاء العادي، وجهة القضاء الديني، وجهة القضاء الإداري، وجهة المحاكم الخاصة، ومن هذه الدول الأردن، ومصر، ولبنان، وفرنسا، وهناك دول لم تأخذ بفكرة تعدد الجهات كإنجلترا، فلا توجد فيها إلا جهة قضائية واحدة، وكل جهة قضائية لها وظيفة مستقلة عن الجهة الأخرى، والجهة القضائية تتكون من عدة طبقات، وكل طبقة تشمل عدة محاكم، وهذا الأمر يتطلب توزيع الاختصاص بين المحاكم لنظر الدعاوى المرفوعة إليها [3].

وتختلف فكرة الاختصاص عن فكرة التوزيع الداخلي للعمل داخل المحكمة الواحدة، فقد يوجد في المحكمة الواحدة عدة دوائر، وكل دائرة تختص بنوع معين من الدعاوى في إطار التنظيم الإداري لهذه المحكمة، وبالتالي فإن مخالفة الاختصاص لدوائر المحكمة الواحدة لا يعتبر مخالفة لقواعد الاختصاص الذي نحن بصدده، ولا يكون الحكم الصادر فيها باطلاً

---

(١) ابن منظور، لسان العرب، ١١٠/٤.

(٢) عشماوي، قواعد المرافعات، ٣٥٣/١، أبو عيد، إلياس، أصول المحاكمات المدنية بين النص والاجتهاد والفقه دراسة مقارنة، منشورات الحلبي، بيروت، ط١، ٢٠٠٢، ٣٩٩/١، جميعي،عبد الباسط، نظرية الاختصاص في قانون المرافعات، دار الفكر العربي، ١٩٧٥م، ص٣-٤،عباس، عبد الهادي، الاختصاص القضائي وإشكالاته، دار الأنوار، دمشق، ط١، ١٩٨٣م، ص١٤٥.

(٣) انظر المراجع السابقة.

لعدم الاختصاص إذا أسندت المحكمة نظر القضية لدائرة غيرها، فتوزيع العمل بين هذه الدوائر هو بمثابة تقسيم للعمل، إذ الاختصاص ينعقد للمحكمة باعتبارها وحدة واحدة [١].

وقد راعى المشرع في توزيع الاختصاص بين الجهات القضائية ومحاكمها الاعتبارات الآتية:

الاعتبار الأول: وهو اعتبار موضوعي يتعلق بطبيعة المنازعات، وهذا الاعتبار يحدد اختصاص الجهات القضائية في نظر الدعوى، لمعرفة هل تتبع الدعوى جهة القضاء العادي، أو الإداري، أو الديني، كما يحدد هذا الاعتبار المحكمة المختصة التابعة للجهة القضائية بحسب درجتها، وقد راعى المشرع في هذا الاعتبار مصلحة النظام العام.

الاعتبار الثاني: وهو اعتبار مكاني تحدد بموجبه المحكمة المختصة بنظر الدعوى من بين محاكم الجهة القضائية الواحدة التي هي من ذات الصنف الواحد، وقد راعى المشرع في هذا الاعتبار مصلحة الخصوم [٢].

الاعتبار الثالث: وهو اعتبار مبني على قيمة المطلوب في الدعوى، وهذا الاعتبار يحدد المحكمة المختصة بنظر الدعوى من بين محاكم الجهة القضائية الواحدة بحسب درجتها [٣].

وبناء على هذه الاعتبارات الثلاثة يمكن تحديد أنواع الاختصاص، وهي:

أ- الاختصاص الوظيفي (الولائي): وهذا النوع مبني على الاعتبار الأول، فطبيعة الدعوى، وموضوعها يحددان الجهة القضائية المختصة بنظر الدعوى، وبالتالي معرفة كون نظر الدعوى من وظيفة هذه الجهة وضمن ولايتها.

ب-الاختصاص النوعي: وهذا النوع من الاختصاص مبني أيضاً على الاعتبار الأول، فموضوع الدعوى وطبيعتها يحددان نوع الدعوى، وبالتالي يحددان المحكمة المختصة برؤية هذا النوع من الدعاوى.

ج-الاختصاص القيمي: وهذا النوع مبني على الاعتبار الثالث، فقيمة المطلوب في الدعوى له شأن في تحديد المحكمة المختصة برؤية الدعوى.

---

(١) مليجي، أحمد، اختصاص المحاكم الدولي وفقاً لنصوص قانون المرافعات معلقاً عليه بآراء الفقه وأحكام القضاء، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون طبعة، ص٤، ٥، الزعبي، عوض أحمد، أصول المحاكمات المدنية، دراسة مقارنة، دار وائل للنشر، عمان، ط١، ٢٠٠٣م، ١/١٥٧-١٥٨.

(٢) إلياس أبو عيد، أصول المحاكمات، ١/٣٩٩، القضاة، أصول المحاكمات، ص١١٣.

(٣) الزعبي، أصول المحاكمات، ١/١٦٠.

د-الاختصاص المكاني (المحلي): وهذا النوع من الاختصاص مبني على الاعتبار الثاني، فمكان المدعى به، ومكان المدعى عليه، يحددان المحكمة المختصة برؤية الدعوى.

وبناء على هذه الأنواع الأربعة من الاختصاص، فإن الدفع بعدم الاختصاص ينقسم إلى أربعة أنواع، هي:

أ- الدفع بعدم الاختصاص الوظيفي.

ب-الدفع بعدم الاختصاص النوعي.

ج-الدفع بعدم الاختصاص القيمي.

د- الدفع بعدم الاختصاص المكاني (المحلي).

وهذا ما سأتناوله بالتفصيل في المطالب الآتية.

المطلب الأول : الدفع بعدم الاختصاص الوظيفي:

مر سابقاً أن كثيراً من الدول تأخذ بفكرة تعدد الجهات القضائية، كالأردن، ومصر ولبنان، وهناك بعض الدول تأخذ بنظام وحدة النظام القضائي، كانجلترا، حيث يسند القضاء في جميع أنواع المنازعات والدعاوى إلى جهة قضائية واحدة، وتعدد الجهات القضائية يختلف من دولة لأخرى، ففي الأردن مثلا يوجد أربع جهات قضائية، وكل جهة تختص بنظر نوع معين من المنازعات، وبالتالي يكون لكل جهة قضائية وظيفة برؤية منازعات معينة، تختلف عن وظيفة الجهات القضائية الأخرى، وهذه الجهات هي:

أ- جهة القضاء المدني (أو النظامي): وتختص هذه الجهة برؤية الدعاوى الحقوقية المدنية، والتجارية، والدعاوى الجزئية (الصلح)، وهذه الجهة تتكون من عدة طبقات، وكل طبقة تشمل عدة محاكم [1]، وسأتكلم على هذه المحاكم، ووظائفها بالتفصيل لاحقاً.

ب- جهة القضاء الإداري: وتختص بنظر المنازعات الإدارية، والتأديبية، واختصاص هذه الجهة اختصاص محدود ومحصور.

ج- جهة القضاء الديني: وتشمل المحاكم الدينية بنوعيها، المحاكم الشرعية ومجالس الطوائف، وتختص بنظر مسائل الأحوال الشخصية والأوقاف وقضايا الدية.

---

(١) عوض الزعبي، أصول المحاكمات، ١٢٧/١.

د- المحاكم الخاصة (أو الاستثنائية): وهي محاكم ذات اختصاص محدود من حيث الموضوع، ومن حيث الأشخاص، ويدخل في تشكيلها عنصر غير قضائي، وتمارس وظفيتها بإجراءات قد تختلف عن إجراءات التقاضي العادية، ومن أمثلة ما يدخل في اختصاص هذه المحاكم قضايا ضريبة الدخل، والقضايا الجمركية، والقضايا المتعلقة بالعسكريين، أو المسائل التي تدخل في ولاية محكمة أمن الدولة [1].

وبناء على ما سبق يمكن **تعريف الاختصاص الوظيفي** بأنه: انفراد كل جهة قضائية برؤية نوع معين من المنازعات، والدعاوى، وهذا الاختصاص تمنحه الدولة بموجب قوانينها [2].

وعليه **فالدفع بعدم الاختصاص الوظيفي:** هو الدفع الذي يقصد منه منع المحكمة من الفصل في الدعوى المعروضة أمامها، لخروجها عن حدود وظيفة الجهة القضائية التي تتبعها هذه المحكمة.

الدفع بعدم الاختصاص الوظيفي والنظام العام:

لقد مر مصطلح التعلق بالنظام العام في مواضع كثيرة، ولذا لابد من بيان مفهوم تعلق القواعد بالنظام العام، ولابد أيضاً من بيان النتائج المترتبة على تعلق القواعد بالنظام العام.

تتعلق أية قاعدة بالنظام العام عندما يكون حكمها أمراً لا يجوز الاتفاق على مخالفته، ويرجع ذلك إلى كون هذه القاعدة قاعدة أساسية في تنظيم المجتمع، وتتعلق بالصالح العام، بحيث يمكن القول أن الإخلال بها يؤدي إلى الفوضى، وإلى فوات الغاية المقصودة من التنظيم، أو تخلخل ذلك التنظيم الذي قرره المشرع لمسألة من المسائل بصورة إلزامية.

ومفهوم ذلك أن المشرع حين ينظم موضوعاً معينا، فإنه يضع قواعد لهذا التنظيم، وقد يكون المقصود من ذلك رعاية مصلحة فردية، أو خاصة، وقد يكون المقصود هو تحقيق مصلحة عامة تفوق بأهميتها المصلحة الفردية، وفي هذه الحالة يمتنع على الأفراد الاتفاق على ما يخالف هذه القواعد؛ لأنها ليست ملكاً لهم، وهنا يقال إن القاعدة آمرة.

---

(١)الزعبي، أصول المحاكمات، ١/١٧٢-١٧٤.

(٢) انظر عمر، نبيل إسماعيل، أصول المرافعات المدنية والتجارية، منشأة المعارف، ط١ ١٩٨٦م، ص٢٠٧، التحيوي، محمود السيد عمر، الاختصاص القضائي للمحاكم العادية في قانون المرافعات المصري، دار مطبوعات الجامعة الاسكندرية، ٢٠٠١م، ص١، إلياس أبو عيد، أصول المحاكمات، ١/٤٠١.

وأما إذا كان المقصود هو رعاية مصلحة فردية، فإنه يكون من حق من قررت له هذه الرعاية أن يتنازل عنها؛ لأنه الأدرى بمصلحته [١].

وقواعد الاختصاص منها ما يتعلق بالنظام العام، ومنها ما لا يتعلق، والقول بذلك قد يبدو فيه تناقض، إذ أن توزيع العمل بين المحاكم وبين الجهات القضائية أمر لا يهم الأفراد بقدر ما يهم المشرع، إذ المقصود أساساً من هذا التنظيم هو تحقيق مصلحة عامة، وهي جمع ولاية القضاء، أو توزيعها بين أكثر من جهة، وتنويع المحاكم وفقاً لتنوع القضايا، وهذا كله لتحقيق مزايا كثيرة، أهمها: التخصص، والسرعة، والدراية، والخبرة، وتوزيع الأعباء بين المحاكم بما يحقق التوازن اللازم في أداء العدالة، إلى غير ذلك من المزايا.

وهذه النظرة وإن كانت تبدو صحيحة، ومتفقة مع الأهداف التي يتوخاها المشرع من تنظيم وتوزيع العمل بين المحاكم، إلا أن الأخذ بها على إطلاقها قد يؤدي إلى مخالفة مقاصد المشرع من هذا التنظيم، الذي لا تزال الغاية الكبرى منه هي أداء العدالة، وإقرار الحقوق، فقصد المشرع في النهاية هو رعاية مصالح الأفراد، ومتى تحققت هذه المصلحة، فإنه لا يجوز إهدارها لمجرد المحافظة على الشكل، وبناء على هذا كله فإنه يجب القول بأن من قواعد الاختصاص ما لا تكون مخالفته مضرة بالصالح العام، أو ماسة به، ولذلك يجب التفريق بين قاعدة وأخرى، بحيث يكون بعضها متعلقاً بالنظام العام، وبعضها الآخر غير متعلق بالنظام العام.

ومع ذلك فالمرجع في تحديد ما هو متعلق بالنظام العام وغير متعلق هو المشرع، إذ يقرر ما يراه من هذه القواعد إجبارياً، وما لا يراه كذلك، تبعاً لتقدير خطورة النتائج المترتبة على ذلك [٢].

النتائج المترتبة على تعلق الاختصاص بالنظام العام:

أ- يجوز للمحكمة أن تثير أمر الاختصاص من تلقاء نفسها، ولا يعدّ تدخلها خروجاً عن مبدأ الحياد، أو حكماً بما لم يطلبه الخصوم.

ب-يجب على المحكمة أن تتعرض لأمر الاختصاص إذا كان متعلقاً بالنظام العام، دون حاجة إلى تنبيه من الخصوم، فهذا الأمر هو حق للمحكمة وواجب عليها أيضاً.

---

(١) جميعي، نظرية الاختصاص، ٩١-٩٢، عبد الهادي عباس، الاختصاص القضائي، ص٥١٥.

(٢) جميعي، نظرية الاختصاص، ٩٢-٩٤، عبد الهادي عباس، الاختصاص القضائي، ص٥١٦.

ج-يجب على النيابة العامة -كطرف منضم في الدعوى- أن تثير أمر الاختصاص ولو لم يتمسك به الخصوم.

د- يجوز للخصوم أن يتمسكوا بعدم الاختصاص في أية مرحلة من مراحل نظر الخصومة، ولا يعدّ سكوتهم عن التمسك به تنازلاً عنه، أو مسقطاً لحقهم في إثارته، وعليه فيجوز التمسك بعدم الاختصاص إذا كان متعلقاً بالنظام العام، ولو لأول مرة أمام محكمة التمييز (النقض).

ه- لا يجوز للخصوم الاتفاق على مخالفة قواعد الاختصاص المتعلقة بالنظام العام، كما لا يجوز لهم التنازل عن تطبيق هذه القواعد [١].

وأما النتائج المترتبة على عدم تعلق قواعد الاختصاص بالنظام العام فهي:

أ- ليس للمحكمة أن تثير أمر الاختصاص من تلقاء نفسها، وإذا فعلت ذلك فتكون قد قضت بأمر لم يطلب منها، وهذا لا يجوز.

ب- لا يجوز للنيابة كطرف منضم في الدعوى إثارة أمر الاختصاص ما دام غير متعلق بالنظام العام.

ج- لا يجوز إثارة عدم الاختصاص إلا أمام محكمة الدرجة الأولى، وقبل الدخول في الموضوع [٢].

د- يجوز التنازل عن تطبيق قواعد الاختصاص غير المتعلقة بالنظام العام.

ه- يقتصر حق التمسك بعدم الاختصاص غير المتعلق بالنظام العام على الخصم الذي قررت له المصلحة [٣].

تعلق الدفع بعدم الاختصاص الوظيفي بالنظام العام:

الدفع بعدم الاختصاص الوظيفي يتعلق بالنظام العام، ويترتب على ذلك النتائج الآتية:

أ- يجوز للمحكمة أن تقضي من تلقاء نفسها بعدم الاختصاص الوظيفي، ويجب عليها فعل ذلك ودون طلب من الخصوم.

---

(١) جميعي، نظرية الاختصاص، ص٩٤-٩٥، عبد الهادي عباس، الاختصاص القضائي، ص٥١٧-٥١٨.

(٢) الزعبي، أصول المحاكمات، ١/٣٦٥-٣٦٦.

(٣) مرجع سابق، ١/٣٦٧.

ب- يجوز لأي من الخصوم التمسك بعدم الاختصاص الوظيفي في أية حالة تكون عليها الدعوى، ولو لأول مرة أمام محكمة التمييز، وحتى لو أصبح الحكم غير قابل للطعن.

ج- لا يجوز اتفاق الخصوم على رفع النزاع إلى جهة قضائية غير مختصة وظيفياً برؤيته، ومثل هذا الاتفاق يُعد باطلاً.

د- يتعين على النيابة -كطرف منضم في الدعوى- أن تتمسك بعدم الاختصاص الوظيفي ولو لم يدفع به أحد من الخصوم [١].

وإذا حكمت المحكمة بعدم اختصاصها وظيفياً، فيتعين عليها أن تقرن الحكم الصادر بذلك بحكم الإحالة إلى المحكمة التي تراها مختصة وظيفياً بنظر الدعوى، وتحال الدعوى في هذه الحالة بكل ما اشتملت عليه من إجراءات وأحكام فرعية، وما تم أمام المحكمة المحيلة صحيحا يبقى كذلك أمام المحكمة المُحال إليها الدعوى، وتتابع الدعوى سيرها أمامها، ويجوز للخصوم إبداء الدفوع والطلبات التي لم تبدَ أمام المحكمة الأولى، ما لم يكن الحق في إبدائها قد سقط أمام المحكمة الأولى [٢].

المطلب الثاني :- الدفع بعدم الاختصاص القيمي:

الأصل في الاختصاص القيمي أن المشرع قسم القضاء المدني إلى أربع طبقات من المحاكم، وهي:

أ- محكمة التمييز (النقض).

ب-محكمة الاستئناف.

ج- المحكمة الابتدائية.

د- محكمة الصلح (أو المحكمة الجزئية).

وتنظر محكمة التمييز والاستئناف في الطعون في الأحكام الصادرة عن المحكمة الابتدائية، أما المحكمة الابتدائية فتختص بنظر الدعاوى لأول مرة، وفي دائرة المحكمة الابتدائية محكمة صلح (أو جزئية)، وتنظر الأخيرة في الدعاوى التي تقل قيمة المطلوب فيها عن مقدار معين، بحيث إذا كانت قيمة المطلوب في دعوى ما تقل عن مقدار معين كان حق النظر في هذه الدعوى من اختصاص محكمة الصلح، وفي الأردن مثلاً إذا زادت قيمة

---

(١) عبدالتواب، معوض، الموسوعة النموذجية في الدفوع، مكتبة عالم الفكر والقانون، ط٥، ٢٠٠٣م، ٥٢/١-٥٣.

(٢) نبيل إسماعيل، أصول المرافعات، ص٢٠٧-٢٠٨، إلياس أبو عيد، أصول المحاكمات المدنية، ٤٠٣/١.

المطلوب في الدعوى عن ثلاثة آلاف دينار، كان الاختصاص في نظر الدعوى للمحكمة الابتدائية، أما إذا كانت قيمة المطلوب في الدعوى ثلاثة آلاف دينار فأقل كان الاختصاص في نظر الدعوى لمحكمة الصلح [١].

وفي مصر تسمى المحكمة التي تختص بنظر الدعوى إذا كانت قيمة المطلوب فيها خمسة آلاف جنيه فأقل بالمحكمة الجزئية [٢].

وفي لبنان إذا زادت قيمة الدعوى عن مليون ليرة لبنانية، كان اختصاص الفصل فيها من حق المحكمة الابتدائية، وإن كان مليوناً فأقل كان الاختصاص للقاضي المنفرد الذي يتمتع بصفة استثنائية [٣].

وبناء على ما سبق يمكن **تعريف الاختصاص القيمي** بأنه: قدر ما للمحكمة من سلطة الفصل في الدعوى بناء على قيمة المطلوب في الدعوى [٤].

وإذا كان المشرع قد جعل اختصاص كلٍ من المحكمة الابتدائية، ومحكمة الصلح مبنياً على قيمة الدعوى، إلا أنه قد خرج على هذه القاعدة وجعل للمحكمة الابتدائية الحق في نظر

بعض الدعاوى التي تقل قيمتها عن المبلغ الذي وضعه كأساس لاختصاصها، كما جعل لمحكمة الصلح حق النظر في بعض الدعاوى التي تزيد قيمتها عن المبلغ الذي وضعه كأساس لاختصاصها، وسيأتي ذكر هذه الاستثناءات بالتفصيل في مطلب الدفع بعدم الاختصاص النوعي.

قواعد تقدير قيمة الدعوى:

بما أن قيمة الدعوى هي الأساس في تحديد المحكمة المختصة بنظر الدعوى، فإنه من المهم بيان قواعد تقدير قيمة الدعوى، ويجب التنبيه إلى أنه يُعتد في تقدير قيمة الدعوى، ولا علاقة للرسوم القضائية التي يدفعها المدعي عند تقديم دعواه، وأهم القواعد في تقدير قيمة الدعوى، هي:

---

(١) الزعبي، أصول المحاكمات، ٢٣٧/١.

(٢) المنشاوي، عبد الحميد، التعليق على قانون المرافعات، دار الفكر الجامعي، ١٩٩٣م، ص٦٦.

(٣) إلياس أبو عيد، أصول المحاكمات، ٤٨٤/١.

(٤) مليجي، أحمد، الاختصاص القيمي والنوعي للمحاكم، دار النهضة العربية، ط١، ١٤١٢هـ-١٩٩٢م، ص٥.

أ-يعتد في تقدير الدعوى بقيمة المطلوب فيها:

يتضح من هذه القاعدة أن العبرة بقيمة ما يطلب الخصم في الدعوى، ولا عبرة بقيمة ما تحكم به المحكمة، إذ قد تحكم بما هو أقل، أو أكثر مما يطالب به المدعي، لذلك فإنه يعتد بقيمة المطلوب في الدعوى؛ لأن تحديد اختصاص المحكمة أمر سابق على رفع الدعوى والحكم [١].

كما أنه لا عبرة بما يحتمل أن يحصل عليه المدعي لو حُكم له، فلو رفع شريك في شركة دعوى تتعلق بحقه، فإن تقدير هذا الحق بقيمة رأس المال المكتتب به، ولا عبرة بما قد يحصل عليه من ربح، أو خسارة، إذ الربح والخسارة أمور احتمالية، فلا تصح أن تكون أساسا لتقدير قيمة الدعوى.

وكذلك لا يعتد بقيمة الشيء محل الطلب، فلو رُفعت دعوى تعويض عن فسخ عقد، فإن قيمة ما يطلب من تعويض هو قيمة الدعوى الذي تحدد على أساسه المحكمة المختصة، ولا عبرة بقيمة الشيء محل العقد [٢].

ولكن إذا أثار ادعاء الجزء نزاعاً في الحق بأكمله، فعندئذ يجب تقدير قيمة الدعوى على أساس قيمة الحق محل الدعوى، ذلك أن النزاع في هذه الحالة يتناول موضوعاً يتعدى حدود الطلب، ولا يقتصر الأثر على المطلوب فقط [٣].

ب-يعتد في تقدير قيمة المطلوب في الدعوى يوم رفعها:

فتقدر القيمة يوم رفع الدعوى، أما ما يطرأ من تغييرات اقتصادية بعد يوم رفع الدعوى، فلا يعتد به [٤].

---

(١) النمر، أمينة، تقدير قيمة الدعوى، منشأة المعارف، ١٩٧٩م، ص٣٥، أحمد مليجي، الاختصاص القيمي والنوعي، ص٨-٩، وانظر المادة ٤٨ من قانون أصول المحاكمات الأردني.

(٢) المراجع السابقة.

(٣) القضاة، أصول المحاكمات، ص١٣٠، إلياس أبو عيد، أصول المحاكمات، ٣٩٢/١، والي، قانون القضاء المدني، ص٤٥٧.

(٤) أمينة النمر، تقدير قيمة الدعوى، ص٥-٦، مليجي، الاختصاص القيمي والنوعي، ص١٠. وانظر المادة ٤٨ من قانون أصول المحاكمات الأردني.

ج-يدخل في تقدير قيمة الدعوى ملحقات الطلب الأصلي المستحقة يوم رفع الدعوى:

فقد يحصل أن يلحق المدعي بطلبه في الدعوى ملحقات أخرى غير طلبه الأصلي، وعليه تدخل قيمة هذه الملحقات في تقدير قيمة الدعوى، إلا أنه يشترط لذلك ثلاثة شروط:

أولاً: أن تكون هذه الملحقات قد طلبت في الدعوى، فإذا لم تطلب فلا يعتد بها في تقدير قيمة الدعوى، حتى لو كانت من ملحقات الطلب الأصلي.

ثانياً: ويشترط لدخول هذه الملحقات في التقدير أن تكون مستحقة الأداء عند رفع الدعوى، فإن كانت غير مستحقة، فلا تدخل في التقدير، إذ العبرة في تقدير الدعوى هو بيوم رفعها، ويستثنى من هذا الشرط، ما يستجد من أجرة بعد رفع الدعوى إلى يوم الحكم فيها، حيث تدخل هذه الأجرة في التقدير، فلو رفع مؤجر دعوى يطلب فيها من المستأجر الأجرة المتأخرة في ذمته، وما يستجد من أجرة بعد رفع الدعوى إلى تاريخ الحكم في الدعوى، فإن قيمة الدعوى في هذه الحالة تقدر على أساس ما يطلب من أجرة متأخرة مضافا إليها مقدار ما يستجد من أجرة بعد رفع الدعوى لحين الحكم فيها.

ثالثاً: ويشترط أن تكون هذه الملحقات مقدرة القيمة، أي قابلة للتقدير، فإذا كانت غير مقدرة القيمة فلا تدخل في تقدير قيمة الدعوى، وفي هذه الحالة يقتصر في التقدير على قيمة الطلب الأصلي، ويستثنى من هذا الشرط طلب إزالة البناء أو الغراس الذي يرفع تبعاً لطلب المالك ثبوت الملكية، أو طلب المؤجر بطرد المستأجر، فطلب الإزالة في هذه الحالة غير قابل للتقدير بطبيعته، ومع ذلك يضاف إلى قيمة الطلب الأصلي في الدعوى، وهنا تقدر قيمة طلب الإزالة على أساس قيمة البناء، أو الغراس الذي يطلب إزالته، فتجمع قيمة المطلوب الأصلي في الدعوى، مضافاً إليها قيمة البناء، أو الغراس [(١)].

د-العبرة في تقدير قيمة الدعوى هي بآخر طلبات الخصوم:

يحصل أن يقوم المدعي بعد رفع دعواه، بتعديل طلباته في هذه الدعوى، ففي هذه الحالة تكون العبرة بقيمة الدعوى بعد التعديل، وعليه لو رفع مدع دعوى وكانت قيمة هذه الدعوى تدخل في اختصاص محكمة الصلح، ثم حصل أثناء الخصومة أن قام المدعي بتعديل

---

(١) القضاة، مفلح، أصول المحاكمات، ص١٣٠-١٣١، المادة ٥٠ من قانون أصول المحاكمات الأردني، أحمد مليجي، الاختصاص القيمي، ص١٠-١٢، عبدالباسط جميعي، نظرية الاختصاص، ص٥٣، ٥٤، أمينة النمر، تقدير قيمة الدعوى، ص٨٤-١٠٣، والي، قانون القضاء المدني، ص٤٥٩.

طلبه، وأصبحت قيمة المطلوب في الدعوى خارجة عن اختصاص محكمة الصلح، ففي هذه الحالة تخرج الدعوى عن اختصاص محكمة الصلح، وتدخل في اختصاص المحكمة الابتدائية.

وكذلك لو عدّل المدعي طلباته في الدعوى المرفوعة للمحكمة الابتدائية، بحيث أصبحت قيمة هذه الطلبات أقل من نصاب اختصاص المحكمة الابتدائية، فإن الاختصاص ينعقد لمحكمة الصلح.

ويشترط للاعتداد بآخر الطلبات في الدعوى ألا يقصد المدعي من تعديل طلباته التحايل على القانون، بمحاولة عقد الاختصاص لمحكمة غير مختصة أصلاً بالنظر لقيمتها، فإذا قصد المدعي من تعديل طلباته التحايل على القانون، فللمدعى عليه التمسك بإثارة ذلك أمام المحكمة، وإن لم يتمسك بذلك اعتبر سكوته قبولاً ضمنياً منه بتعديل طلبات المدعي [١].

كما يشترط أن تكون هذه الطلبات الختامية معدلة للطلب الأصلي في الدعوى، أما إذا كانت ترتبط به بحيث يحتفظ كل طلب بكيانه فإنها تعتبر طلبات عارضة فتأخذ حكمها [٢].

هـ-لا عبرة بقيمة الطلب الاحتياطي، وإنما العبرة بقيمة الطلب الأصلي:

قد يقدم الشخص في الدعوى طلبين، فيطلب الحكم في أحدهما، ويسمى هذا بالطلب الأصلي، ويطلب الحكم في الطلب الآخر إذا لم تجبه المحكمة إلى الطلب الأول، ويسمى هذا بالطلب الاحتياطي، كما لو طلب المدعي إلزام المدعى عليه بالتعويض إذا لم تجبه المحكمة لطلبه الأصلي بتنفيذ الإلتزام، فطلب التعويض هو طلب احتياطي للطلب الأصلي الذي هو طلب تنفيذ الالتزام [٣].

ولو حصل مثل هذا، فكيف يكون تقدير قيمة الدعوى، هل تقدر الدعوى على أساس قيمة الطلب الأصلي، أم الاحتياطي؟

اختلف أهل القانون في هذه المسألة على قولين:

القول الأول: أن العبرة في تقدير الدعوى هي بقيمة الطلب الأصلي، ولا عبرة بقيمة الطلب الاحتياطي [٤].

---

(١) سعد، إبراهيم نجيب، القانون القضائي الخاص، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٧١م، ص٤٥٥-٤٥٦، مليجي، الاختصاص القيمي، ص١٢-١٣، جميعي، نظرية الاختصاص، ٤٩-٥٠.

(٢) أمينة النمر، تقدير قيمة الدعوى، ص٧٦-٨٤، والي، قانون القضاء المدني، ص٤٦٣-٤٦٤.

(٣) أحمد مليجي، الاختصاص القيمي، ص١٣-١٤.

(٤) العشماوي، قواعد المرافعات، ٤٤٢/١، مليجي، الاختصاص القيمي، ص١٣-١٤.

وعلة ذلك أن الطلب الاحتياطي هو بمثابة طلب تابع للطلب الأصلي، ولا يعد مطروحاً على المحكمة إلا إذا رأته المحكمة [١].

القول الثاني: أن العبرة بقيمة أكبر الطلبين، سواء كان الطلب الأصلي، أو الاحتياطي [٢]، وتعليل ذلك: أن الطلب الاحتياطي غير الطلب الأصلي وليس تابعاً له، وإنما هو طلب موضوعي، والمدعي إذ يطرح على المحكمة الفصل في أحد الطلبين، فإن هذا يقتضي أن يكون للمحكمة سلطة الفصل في أي منهما، وهذا يستلزم أن يدخل الطلبان في حدود نصابهما، وليس أحدهما فقط، كما أن القول بأن العبرة بقيمة الطلب الأصلي يؤدي إلى تعطيل الدعوى، وتشتيتها بين محكمتين إذا ما رفضت المحكمة الطلب الأصلي، ثم تبين أن الطلب الاحتياطي لا يدخل في اختصاصها، فأحالته إلى محكمة أخرى [٣].

ترجيح الباحث:

يرى الباحث أن القول الراجح في هذه المسألة، هو أن العبرة بقيمة أكبر الطلبين، وذلك لتجنب تشتيت القضاء كما قال أصحاب القول الثاني، وتوضيح ذلك أنه لو جعلت العبرة للطلب الأصلي، وكان هذا الطلب يدخل في اختصاص محكمة الصلح، ولم تحكم هذه المحكمة في هذا الطلب، فإنها ستنظر في الطلب الثاني (الإحتياطي)، وإذا لم يكن هذا الطلب من اختصاصها ستحال الدعوى إلى محكمة البداية.

أما لو كان الطلب الأصلي من اختصاص البداية، ولم تحكم به، وأرادت الفصل في الطلب الاحتياطي، فإنها ستنظر فيه حتى وإن كان خارجاً عن اختصاصها؛ لأن محكمة البداية هي صاحبة الاختصاص العام.

ومحل ما ذكره أصحاب القول الثاني، إذا كان الطلب الأصلي داخلاً في اختصاص محكمة الصلح، ففي هذه الحالة ينظر في قيمة الطلب الاحتياطي، فإن كانت أكبر من قيمة الطلب الأصلي، ولا تدخل في اختصاص محكمة الصلح، فإن الاختصاص في هذه الحالة ينعقد للمحكمة الابتدائية، أما إذا كان الطلب الأصلي غير داخل في اختصاص المحكمة الابتدائية، فلا حاجة لبحث قيمة الطلب الاحتياطي؛ لأن النتيجة واحدة [٤].

---

(١) لم ينص القانون الأردني على كيفية التقدير في هذه الحالة، الزعبي، أصول المحاكمات، ٢٦٣/١.

(٢) أبو الوفا، المرافعات، ص٣٨٦، أمينة النمر، تقدير قيمة الدعوى، ص٧٠.

(٣) الزعبي، أصول المحاكمات، ٢٦٣/١، أمينة النمر، تقدير قيمة الدعوى، ص٧٠.

(٤) إبراهيم نجيب، القانون القضائي الخاص، ٤٦٣/١.

الحالة الأولى: أن يكون سبب المطالبة واحداً، فتقدر قيمة الدعوى باعتبار قيمة الطلبات مجتمعة، ولا عبرة بنصيب كل منهم في الطلب، كما لو رفع دائن دعوى على ورثة مدينه، يطالب كلا منهم بحصته في دين مورثهم، فتقدر قيمة الدعوى في هذه الحالة بمجموع الطلبات، إذ أنها ناشئة عن سبب قانوني واحد (١).

الحالة الثانية: اختلاف سبب المطالبة عند تعدد الخصوم: فيعمل بمقتضى القاعدة السابقة عند تعدد الطلبات، فالعبرة بقيمة كل طلب على حدة (٢).

تلك هي أهم قواعد تقدير القيمة، والتي يترتب عليها معرفة كون الدعوى تدخل في محكمة الصلح، أو المحكمة الابتدائية، وبعد هذا العرض المفصل للاختصاص القيمي، يمكن **تعريف الدفع بعدم الاختصاص القيمي** بأنه : الدفع الذي يقصد منه منع المحكمة من نظر الدعوى المرفوعة إليها، لخروج هذه الدعوى عن اختصاصها، بناء على قيمة المطلوب فيها.

الدفع بعدم الاختصاص القيمي والنظام العام:

تعد قواعد الاختصاص القيمي من النظام العام، فهي مقررة لرعاية مصلحة عامة، فالقاعدة القانونية إذا كانت مقررة لرعاية مصلحة عامة فإنها تتعلق بالنظام العام، وعليه فالدفع بعدم الاختصاص القيمي يتعلق بالنظام العام، ويترتب على ذلك النتائج الآتية:

أولاً: يجوز للمحكمة أن تثير من تلقاء نفسها الدفع بعدم الاختصاص القيمي، ولو لم يتمسك به الخصوم.

ثانياً: يجب على المحكمة أن تفعل ذلك، وتتعرض لأمر الاختصاص.

ثالثاً: يجب على النيابة، كطرف منضم في الدعوى أن تثير الدفع بعدم الاختصاص القيمي، ولو لم يتمسك به الخصوم.

رابعاً: يجوز للخصوم التمسك بعدم الاختصاص القيمي في أية مرحلة كانت عليها الدعوى ولو لأول مرة أمام محكمة التمييز، لكن إذا كانت الأوراق خالية من عناصر التقدير فلا يجوز إثارة الدفع لأول مرة أمام محكمة التمييز.

خامساً: لا يجوز للخصوم الاتفاق على مخالفة قواعد الاختصاص القيمي، كما لا يجوز لهم التنازل عن تطبيق هذه القواعد (١).

---

(١) عشماوي، قواعد المرافعات، ٤٥٦/١، إبراهيم نجيب، القانون القضائي الخاص، ٤٦٣/١-٤٦٤. وانظر الثانية من المادة ٥٤ من قانون أصول المحاكمات الأردني.

(٢) إبراهيم نجيب، القانون القضائي، ٤٦٤-٤٦٥.

ومع القول بتعلق قواعد الاختصاص القيمي بالنظام العام، إلا أنه إذا حدث وأن أغفل الخصوم التمسك بعدم الاختصاص القيمي، وفات المحكمة التعرض لعدم اختصاصها، وأصدرت حكماً في الموضوع، فإن هذا الحكم يحوز الحجية متى صدر من جهة قضائية له الولاية في إصداره، ويصبح هذا الحكم نهائياً إذا لم يطعن به، أو انقضت المدة المحددة للطعن [1].

المطلب الثالث: الدفع بعدم الاختصاص النوعي:

تمهيد:

مر سابقاً أن القضاء المدني يتكون من أربع طبقات، وكل طبقة تتكون من عدد من المحاكم، وهذه الطبقات الأربع هي:

أولاً: محكمة التمييز (الطعن، النقض)، وهي المحكمة العليا.

ثانيا: محكمة الاستئناف.

ثالثا: المحكمة الابتدائية.

رابعا: محكمة الصلح، وتسمى عند بعض القوانين المحكمة الجزئية.

وقد أناط المشرع بكل طبقة من هذه الطبقات رؤية نوع معين من الدعاوى، ومن هنا برزت فكرة الاختصاص النوعي، **فالاختصاص النوعي** هو: السلطة الممنوحة لمحكمة برؤية دعوى معينة، بناء على نوع هذه الدعوى، بغض النظر عن قيمة هذه الدعوى [2].

هذا ويرى بعض شراح القانون أن الاختصاص النوعي يشمل الاختصاص القيمي، ومن الخطأ فصلهما وجعلهما نوعين من الاختصاص، فالاختصاص النوعي ينبني على أساسين هما: موضوع الدعوى كاختصاص محكمة الصلح بدعوى الإفلاس مثلاً، وقيمة الدعوى، كاختصاص محكمة الصلح بالدعوى التي لا تزيد قيمة المطلوب فيها عن ثلاثة آلاف دينار مثلاً، وقالوا إن الاختصاص المبني على تقدير قيمة معينة للدعوى هو اختصاص نوعي،

---

(١) إلياس أبو عيد، أصول المحاكمات، ١/٤٠٤، مليجي، الاختصاص القيمي، ص١٥.

(٢) انظر، محمود السيد عمر، الاختصاص القضائي، ص٢٨، إلياس أبو عيد، أصول المحاكمات، ١/٤٠٤، جميعي، نظرية الاختصاص، ص١٤، مفلح القضاة، أصول المحاكمات، ص١٤٠.

اتخذت فيه القيمة معياراً للنوع، على أساس إحلال الكم محل الكيف، باعتبار ذلك أسلوباً من أساليب الصياغة القانونية [١].

ويرى الباحث أن هذا الاختلاف في التقسيم ليس له أثر عملي، فسواء جعل الاختصاص النوعي والقيمي اختصاصاً واحداً، أو جعلا اختصاصين منفصلين، فالنتيجة واحدة، إذ إن القواعد المقررة في هذين الاختصاصين لا تختلف باختلاف التقسيمات.

أنواع الدعاوى التي تنظرها كل طبقة من طبقات القضاء المدني:

أولاً: الاختصاص النوعي لمحاكم الصلح:

لمحكمة الصلح اختصاص محدد، نص عليه القانون، فالأصل أن المحكمة الابتدائية هي صاحبة الاختصاص العام، ولا يخرج من اختصاصها إلا ما صرح القانون بخروجه.

ويمكن تقسيم اختصاص محكمة الصلح إلى قسمين، هما:

القسم الأول: اختصاص أصلي: وهو اختصاص محكمة الصلح بالدعاوى التي تقل قيمة المطلوب فيها عن مقدار معين، وهذا المقدار كما مر سابقاً يختلف من دولة لأخرى، وتسمى هذه القاعدة بقاعدة النصاب، وقد مر الحديث عن هذه القاعدة وتفصيلاتها في مطلب الاختصاص القيمي.

القسم الثاني: الاختصاص الاستثنائي لمحكمة الصلح، إذ تختص محكمة الصلح برؤية دعاوى نص المشرع عليها، على سبيل الحصر وبصرف النظر عن قيمة هذه الدعاوى.

ولعل السبب في إسناد هذه الدعاوى إلى محكمة الصلح، هو عدم أهمية هذه الدعاوى، إضافة إلى التيسير والسرعة في فصل النزاع [٢].

وأهم الدعاوى التي تنظرها محكمة الصلح، بصرف النظر عن قيمتها:

أولاً: دعوى قسمة الأموال المشتركة: سواء كانت هذه الأموال منقولة، أو غير منقولة، أو خليطاً من منقول وعقار [٣].

---

(١) جميعي، نظرية الاختصاص، ص١٠١، الزعبي، أصول المحاكمات، ١/٢٩٧.

(٢) عشماوي، قواعد المرافعات، ١/٣٨٩، جميعي، نظرية الاختصاص، ص١٥، ١٧، نبيل إسماعيل، أصول المرافعات، ص٢١٨.

(٣) نبيل إسماعيل، أصول المرافعات، ص٢٢١، فاروق أبو الرب، شرح أصول المحاكمات، ص٧٨، الزعبي، أصول المحاكمات، ١/٣٠٢.

ويقتصر دور القاضي في هذه الدعاوى على قسمة الأموال فقط، أما إذا ثار أثناء نظر دعوى القسمة نزاع حول ملكية هذه الأموال المطلوب قسمتها، ففي هذه الحالة يفرق بين فرضين هما:

الفرض الأول: أن يكون القدر المتنازع على ملكيته لا تتجاوز قيمته نصاب محكمة الصلح، فإن دعوى ملكية المال في هذه الحالة تدخل في اختصاص محكمة الصلح وفقاً لقاعدة النصاب، وبالتالي تبقى الدعوى بأكملها منظورة أمام قاضي الصلح، وهنا يجب على القاضي أن يفصل أولاً في النزاع الخاص بملكية الأموال، لكي يتمكن بعد ذلك من الفصل في دعوى القسمة.

الفرض الثاني: أن يكون القدر المتنازع على ملكيته تتجاوز قيمته نصاب محكمة الصلح، ففي هذه الحالة فإن دعوى الملكية تدخل في اختصاص محكمة البداية، وبالتالي على قاضي الصلح أن يوقف النظر في دعوى القسمة إلى أن يفصل قاضي البداية في دعوى الملكية، وقد يحيل قاضي الصلح الدعوى بأكملها إلى قاضي البداية، فإذا فصل في دعوى الملكية، رجعت دعوى القسمة لقاضي الصلح للسير فيها [١].

ثانياً: دعاوى فصل الحدود: ويقصد بذلك تعيين الحد الفاصل بين ملكين، فلو حدث نزاع بين أصحاب أملاك، واختلف في تعيين الحدود، ورفعت دعوى بذلك، فإن هذه الدعوى تدخل في اختصاص محكمة الصلح [٢].

وإذا حدث نزاع في الملكية أثناء نظر دعوى فصل الحدود، فتطبق قاعدة النصاب، على نحو ما ذكر في دعوى قسمة المال، وبعد الفصل في الملكية، تفصل محكمة الصلح في تعيين الحدود [٣].

ثالثاً: دعاوى حق المسيل، وحق المرور، وحق الشرب الذي منع أصحابه من استعماله، فدعاوى هذه الحقوق تدخل في اختصاص محكمة الصلح، وإذا حصل نزاع في

---

(١) أبوالوفا، المرافعات، ص٣٥٤، نبيل إسماعيل، أصول المرافعات، ص٢٢١، أبو هيف، المرافعات المدنية، ص١٧٤، جميعي، نظرية الاختصاص، ص١٨/١٩.

(٢) أبوهيف، المرافعات المدنية، ص١٧١-١٧٢، عشماوي، قواعد المرافعات، ٤٠٣/١، فاروق أبو الرب، شرح أصول المحاكمات، ص٧٨.

(٣) أبوالوفا، المرافعات، ص٣٥٣-٣٥٤، نبيل إسماعيل، أصول المرافعات، ص٢١٩، جميعي، نظرية الاختصاص، ص٢٠.

الملكية، فتطبق أيضاً قاعدة النصاب لتحديد المحكمة المختصة، وبعد الفصل في الملكية، تفصل محكمة الصلح في دعوى حق المسيل، أو المرور، أو الشرب [١].

رابعاً: دعاوى تقدير المسافات:

صورة هذه الدعوى أن يرغب شخص في إقامة بناء، أو غراس، أو محل، أو مصنع، فيعترض عليه جاره بحجة أن القانون يمنع ذلك، ويوجب عليه أن يبتعد مسافة معينة عن ملك جاره، فترفع دعوى بذلك لتقدير المسافة التي يجوز إقامة البناء عندها، فهذه الدعوى تدخل في اختصاص محكمة الصلح، فإذا حدث نزاع في الملكية فتطبق قاعدة النصاب لتحديد المحكمة المختصة [٢].

خامساً: الدعاوى المستعجلة:

ويقصد بالدعاوى المستعجلة المنازعات التي يخشى عليها من فوات الحق، بشرط ألا يتعرض في هذه المنازعات إلى أصل الحقوق المتنازع عليها، والدعاوى المستعجلة يختص بها قاضي الصلح في الأماكن التي لا يوجد فيها محكمة بداية، أما الأماكن التي يوجد فيها محكمة بداية، فإن قاضي الأمور المستعجلة في محكمة البداية هو الذي يختص برؤية الدعاوى المستعجلة، وأما المنازعات الوقتية المتعلقة بتنفيذ الأحكام، والسندات التنفيذية فيختص بها قاضي التنفيذ.

وإذا عرض النزاع المستعجل أثناء نظر الدعاوى الموضوعية أمام محكمة الموضوع، باعتباره طلب فرعياً في الدعوى الموضوعية، فإن محكمة الموضوع تقضي فيه سواء كانت محكمة صلح، أو بداية، والحكم في المنازعات المستعجلة قابل دائماً للاستئناف مهما كانت قيمة هذه المنازعات [٣].

وأهم الدعاوى المستعجله:

---

(١) الزعبي، أصول المحاكمات، ١/٣٠٠-٣٠١، القضاة، أصول المحاكمات، ص١٤٠.

(٢) أبوهيف، المرافعات المدنية، ص١٧١-١٧٢، عشماوي، قواعد المرافعات، ١/٤٠٣-٤٠٤، جميعي، نظرية الاختصاص، ص٢٠.

(٣) جميعي، نظرية الاختصاص، ص٢٢، ٢٣، القضاة، أصول المحاكمات، ص١٤٢، أبو الوفا، المرافعات، ص٣٥٥، نبيل إسماعيل، أصول المرافعات، ص٢٢٢، إلياس أبوعيد، أصول المحاكمات، ١/٤٨٥، النمر، أمينة، مناط الاختصاص والحكم في الدعاوى المستعجلة، منشأة المعارف، ١٩٦٧م، ص٤٩، وما بعدها.

أ- دعوة إثبات الحالة: وهي الدعاوى بطلب إثبات وقائع معينة يستند إليها في إثبات حق ترفع بشأنه دعوى في المستقبل، كإثبات حالة بضائع سريعة التلف، كالفاكهة، لنزاع حول نوعها، أو مقدارها [١].

ب- طلب سماع شاهد: قد يخشى شخص ضياع فرصة الاستشهاد بشاهد على موضوع لم يعرض أمام القضاء، ولكنه محتمل عرضه، فيجوز لهذا الشخص أن يطلب سماع شهادة ذلك الشاهد بمواجهة ذوي الشأن، وهذا الطلب يقدم لقاضي الأمور المستعجلة [٢].

ج- طلبات تعيين وكيل، أوقيّم على مال، أو الحجز التحفظي، أو الحراسة، أو منع السفر [٣].

سادساً: دعاوى الحيازة:

وهي إعادة اليد على العقار، وتشمل دعاوى الحيازة: دعوى منع التعرض، ودعوى سلب الحيازة، ودعوى وقف الأعمال الجديدة، ويكون الحكم في هذه الدعاوى قابلاً للاستئناف مهما بلغت قيمة المطلوب فيها.

ويشترط عدم التصدي للحكم بالعقار نفسه؛ لأن التعرض لملكية العقار يجعل الدعوى تخضع لقاعدة النصاب لتحديد المحكمة المختصة [٤].

ثانياً: الاختصاص النوعي للمحكمة الابتدائية (محكمة الدرجة الأولى):

الأصل في اختصاص المحكمة الابتدائية أنه اختصاص عام يشمل كل الدعاوى التجارية، والمدنية، باستثناء الدعاوى التي نص القانون على اختصاص محاكم الصلح بها، وقد مر سابقاً أن محاكم الصلح تختص بنظر الدعاوى التي تقل قيمة المطلوب فيها عن نصاب معين، ويسمى هذا نصاب محكمة الصلح، كما تختص محاكم الصلح ببعض أنواع الدعاوى

---

(١) أبو الوفا، المرافعات، ص٣٥٧-٣٥٨، القضاة، أصول المحاكمات، ص١٤٢، نبيل إسماعيل، أصول المرافعات، ص٢٢٢.

(٢) أبو الوفا، المرافعات، ص٣٥٨، القضاء، ص١٤٣، أمينة النمر، مناط الاختصاص، ١٦٩-١٧١.

(٣) القضاة، أصول المحاكمات، ص١٤٣.

(٤) عشماوي، قواعد المرافعات، ٤١٠/١، أمينة النمر، مناط الاختصاص، ١٧٦-١٧٩، الزعبي، أصول المحاكمات، ٣٠١/١.

التي حددها القانون على سبيل الحصر، ومع ذلك فهناك أنواع من الدعاوى من المفروض أن تدخل في اختصاص محكمة الصلح بناء على قيمتها، إلا أن القانون جعل حق الفصل في هذه الدعاوى من اختصاص المحكمة الابتدائية، وسبب ذلك أهمية هذه الدعاوى، وأهمية الأحكام المترتبة على الفصل فيها.

وعليه فاختصاص محكمة البداية ينقسم إلى قسمين، هما:

القسم الأول: الاختصاص الأصلي للمحكمة الابتدائية، ويتفرع هذا إلى فرعين، هما:

الفرع الأول: الاختصاص الأصلي لمحكمة البداية باعتبارها محكمة أول درجة، ويتحقق هذا الاختصاص في الحالتين الآتيتين:

الحالة الأولى: أن تكون الدعوى مقدرة القيمة، وتزيد قيمتها عن نصاب محكمة الصلح، وهذه هي قاعدة النصاب، وأساسها المعيار القيمي، فكل دعوى مقدرة تزيد قيمتها عن ثلاثة آلاف دينار أردني مثلاً تدخل في اختصاص محكمة البداية.

الحالة الثانية: أن تكون الدعوى غير مقدرة القيمة، أي لا يمكن تقديرها وفقاً للقواعد المقررة في القانون، وفي هذه الحالة يفترض القانون أن قيمتها تزيد عن نصاب محكمة الصلح، وتدخل بالتالي في اختصاص محكمة البداية، ويستثنى من دخول الدعاوى غير المقدرة في اختصاص محكمة البداية الدعاوى الآتية:

أ- الدعاوى التي نص القانون على اختصاص محكمة الصلح بها بصرف النظر عن قيمتها، وكونها قابلة للتقدير أو غير قابلة، كدعوى حق الشرب.

ب- الدعاوى المتعلقة بملحقات الطلب الأصلي: فإذا كان الطلب الأصلي قابلاً للتقدير، والملحقات غير قابلة للتقدير، فالعبرة بقيمة الطلب الأصلي لتحديد المحكمة المختصة قيمياً، ولا عبرة بقيمة هذه الملحقات، حتى وإن كان الطلب الأصلي داخلاً في اختصاص محكمة الصلح، فالملحقات هنا تدخل في اختصاص محكمة الصلح أيضاً، وإن كانت غير قابلة للتقدير [١].

الفرع الثاني: الاختصاص الأصلي لمحكمة البداية باعتبارها محكمة ثاني درجة:

---

(١) انظر: الزعبي، أصول المحاكمات، ٢٩٣/١، القضاة، أصول المحاكمات، ص١٣٨، ١٤١، وانظر المادة ٥٥ من قانون أصول المحاكمات الأردني جميعي، نظرية الاختصاص، ص٣٠-٣١، نبيل إسماعيل، أصول المرافعات، ص٢١٧، عشماوي، قواعد المرافعات، ٤١٢/١.

تختص محكمة البداية بالفصل في قضايا الاستئناف الذي يرفع عن الأحكام الصادرة ابتدائياً من محكمة الصلح، أو قاضي الأمور المستعجلة [١].

وفي هذا المقام ينبغي التنبيه إلى الدعاوى التي تنظرها محكمة الصلح بناء على المعيار القيمي، فإن هذه الدعاوى إذا لم تتجاوز قيمتها مقداراً معيناً، فإن الأحكام الصادرة فيها من قبل محكمة الصلح تكون نهائية غير قابلة للاستئناف، ففي قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني مثلاً تختص محاكم الصلح برؤية الدعاوى التي تكون قيمة المطلوب فيها ثلاثة آلاف دينار أردني فأقل، وإذا كانت قيمة الدعوى لا تتجاوز مائتين وخمسين ديناراً يكون حكم محكمة الصلح فيها نهائياً، ويستثنى من ذلك دعاوى إخلاء المأجور [٢].

القسم الثاني: الاختصاص الاستثنائي للمحكمة الابتدائية:

وصف هذا الاختصاص بأنه استثنائي، قائم على أن المحكمة الابتدائية في الأصل تنظر الدعاوى التي تتجاوز قيمتها نصاب محكمة الصلح، ومع ذلك فإن المحكمة الابتدائية تنظر دعاوى تقل عن نصابها، والسبب في ذلك كما ذكر سابقاً هو أهمية هذه الدعاوى، وأهمية الأحكام المترتبة على الفصل فيها.

وأهم الدعاوى التي تنظرها المحكمة الابتدائية بصرف النظر عن قيمتها:

أولاً: دعاوى الإفلاس، والصلح الواقي: حيث تدخل هذه الدعاوى في اختصاص محكمة البداية، مهما قلت قيمتها، حتى لو كان رأس مال المفلس لا يتجاوز نصاب محكمة الصلح، والسبب في ذلك خطورة نتائج الإفلاس، وتأثيره على المركز القانوني [٣].

ثانياً: دعاوى الإعسار المدني: وهي الدعاوى التي ترفع بطلب إشهار الإعسار المدني لغير التجار إذا ما زادت ديون الشخص على حقوقه، فهذه الدعاوى تدخل في اختصاص المحكمة الابتدائية مهما قلت قيمتها، وعلة ذلك أيضاً النتائج المترتبة على الإفلاس، وتأثيرها على المركز القانوني [٤].

ثالثاً: دعاوى الشفعة:

---

(١) عشماوي، قواعد المرافعات، ٤١٢/١، جميعي، نظرية الاختصاص، ص٣٤، فاروق أبو الرب، شرح أصول المحاكمات، ص٨٢.

(٢) انظر: الزعبي، أصول المحاكمات، ٢٣٧/١-٢٣٨.

(٣) إلياس أبو عيد، أصول المحاكمات، ٤٧٣/١، نبيل إسماعيل، أصول المرافعات، ص٢١٦، القضاة، أصول المحاكمات، ص١٤١.

(٤) عشماوي، قواعد المرافعات، ٤١٣/١، الزعبي، أصول المحاكمات، ٣٠٦/١.

الشفعة هي: حق تملك العقار المبيع، أو بعضه ولو جبراً على المشتري بما قام عليه من الثمن والنفقات، وتقام دعوى الشفعة لدى المحكمة الابتدائية التي يقع العقار في دائرة اختصاصها [١].

رابعاً: دعاوى الأولوية في حق التصرف في الأراضي الأميرية:

حق الأولوية يقابل حق الشفعة في العقارات المملوكة مع وجود بعض الفوارق وتقام دعوى الأولوية لدى المحكمة الابتدائية التي يقع في دائرة اختصاصها الأرض الأميرية المقرر عليها حق التصرف [٢].

خامساً: الطلبات العارضة، والمرتبطة بالطلب الأصلي:

الطلبات العارضة هي تلك الطلبات التي تقدم أثناء خصومة قائمة وتتناول بالتغيير، أو بالزيادة، أو بالنقص، أو بالإضافة ذات النزاع من جهة موضوعه، أو سببه أو أطرافه [٣]، وبناء على ذلك فإذا كان الطلب الأصلي في الدعوى داخلاً في اختصاص المحكمة الابتدائية، فأي طلب عارض، أو أي طلب مرتبط يدخل في اختصاص المحكمة الابتدائية، مهما قلت قيمة هذا الطلب، والقاعدة في هذا: أن قاضي الأصل هو قاضي الطلبات والمسائل العارضة، وهذه القاعدة تطبق فقط بالنسبة للمحكمة الابتدائية، أما بالنسبة لمحكمة الصلح، فإن الأمر يختلف، كما سيمر في الحالة التالية [٤].

سادساً: الطلبات العارضة والمرتبطة بالطلب الأصلي:

إذا كان الطلب الأصلي من اختصاص محكمة الصلح، والطلبات العارضة والمرتبطة تتجاوز قيمتها نصاب محكمة الصلح: هذه الحالة عكس الحالة السابقة، ومضمونها أن تكون ثمة دعوى داخلة في اختصاص محكمة الصلح ومنظورة أمامها، ثم يثار في هذه الدعوى طلب عارض، أو مرتبط يتجاوز نصاب محكمة الصلح، كما لو رفعت دعوى قيمتها ألفان وخمسمائة دينار أردني مثلاً، وهذه الدعوى من اختصاص محكمة الصلح، فيقابلها المدعى عليه برفع دعوى فرعية قيمتها ثلاثة آلاف وخمسمائة دينار، فهذا الطلب العارض لا يدخل في اختصاص محكمة الصلح، وفي هذه الحالة يجب التفريق بين فرضين، هما:

---

(١) الزعبي، أصول المحاكمات، ٣٠٦/١.

(٢) الزعبي، أصول المحاكمات، ٣٠٧/١.

(٣) إبراهيم نجيب، القانون القضائي الخاص، ٤٣٧/١.

(٤) العشماوي، قواعد المرافعات، ٤١٣/١-٤١٤، إبراهيم نجيب، القانون القضائي، ٤٣٧/١.

الفرض الأول: أن يكون من الميسور فصل الطلبين (الأصلي والعارض)، دون أن يترتب على ذلك ضرر، ففي هذه الحالة تقضي محكمة الصلح بالطلب الأصلي الذي يدخل في اختصاصها، وتحيل الطلب العارض، أو المرتبط إلى المحكمة الابتدائية لتفصل فيه، إذ أن الطلب العارض لا يدخل في اختصاص محكمة الصلح.

الفرض الثاني: أن يترتب على الفصل ضرر بسير العدالة، ففي هذه الحالة يجب على محكمة الصلح أن تحيل الطلبين (الأصلي والعارض) إلى محكمة البداية، وعندئذ تصبح محكمة البداية مختصة بنظر الطلب الأصلي مع أنه في الأصل لم يكن من اختصاصها، وهذا هو الاستثناء؛ لأن القاعدة كما ذكر في الحالة السابقة أن قاضي الأصل هو قاضي الفرع، إلا أن هذه القاعدة لا تطبق على محكمة الصلح [1].

سابعاً: تصحيح الاسم الوارد في قيد رسمي ما عدا قيود الأحوال المدنية:

تختص محكمة البداية بنظر تصحيح الاسم الوارد في أي قيد من القيود الرسمية التي تخرج عن نطاق قيود الأحوال المدنية، ومنها قيود السجل العقاري في دائرة الأراضي، ما لم يكن الخطأ ناشئاً عن سهو كتابي، فيكون من اختصاص مدير الأراضي والمساحة [2].

ثامناً: دعاوى تنفيذ الأحكام الأجنبية:

تختص المحكمة الابتدائية بنظر دعوى تنفيذ الحكم الأجنبي إذا أقيمت دعوى لتنفيذه، بصرف النظر عن قيمة المطلوب تنفيذه [3].

ثالثاً: الاختصاص النوعي لمحكمة الاستئناف:

تنحصر صلاحيات محاكم الاستئناف في نظر الطعون بالأحكام الصادرة عن محاكم الدرجة الأولى، فأي دعوى تدخل في اختصاص محكمة الدرجة الأولى، فإن الحكم الصادر عن هذه المحكمة إذا وجه له طعن، كان حق النظر في هذا الطعن من اختصاص محكمة الاستئناف، أما الأحكام الصادرة عن محاكم الصلح فإن استئنافها يكون من اختصاص محاكم

---

(١) المنشاوي، التعليق على قواعد المرافعات، ص٨٥-٨٦، عشماوي، قواعد المرافعات، ١/٤١٤-٤١٨، جميعي، نظرية الاختصاص، ص٤٠.

(٢) الزعبي، أصول المحاكمات، ١/٣٠٨.

(٣) مرجع سابق، ١/٣٠٩.

الدرجة الأولى، ولا تختص به محكمة الاستئناف ما لم يقرر القانون ذلك بنص خاص، كما في المنازعات الموضوعية في التنفيذ إذا كانت قيمتها تزيد عن نصاب محكمة الصلح [١].

كما لا تختص محكمة الاستئناف بنظر أي طعن يرفع إليها عن حكم صدر من المحكمة الابتدائية باعتبارها هيئة استئنافية، إلا بسبب وقوع بطلان في الحكم، أو بطلان في الإجراءات أثر في الحكم، فحينئذ تختص محكمة الاستئناف بنظر الاستئناف المرفوع عن الحكم الصادر بصفة انتهائية من المحكمة الابتدائية [٢].

ويتبين مما سبق أن محاكم الاستئناف كأصل عام لا تختص إلا بالفصل فيما حكم فيه ابتدائياً، ومع ذلك فهناك بعض الدعاوى يجوز رفعها ابتداء أمام محكمة الاستئناف، كطلب رد القاضي [٣].

رابعا: الاختصاص النوعي لمحكمة التمييز (النقض، الطعن):

تعد محكمة التمييز آخر مرجع قضائي، وتختص كأصل عام بالنظر في الطعون في الأحكام، ولا يطرح النزاع في موضوعه أمام محكمة التمييز للنظر فيه من جديد، فمهمة التمييز تقتصر على مراقبة الحكم المطعون فيه، من حيث صحة التطبيق القانوني فقط، دون التعرض لوقائع الدعوى التي صدر الحكم بناء عليها [٤].

وبناء على ذلك تختص محكمة التمييز بنظر الطعون الموجهة ضد الأحكام التالية:

أ- الأحكام والقرارات الصادرة عن محاكم الاستئناف العليا، وفي الأردن إذا كانت قيمة الدعوى لا تجاوز خمسة آلاف دينار، فإن الطعن في الحكم الصادر عن محكمة الاستئناف لا يُرفع إلى محكمة التمييز إلا بإذن [٥].

---

(١) أنور طلبة، موسوعة المرافعات المدنية والتجارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٥م ٦٤٣/١، الزعبي، أصول المحاكمات، ١٣٢/١، نبيل إسماعيل، أصول المرافعات، ص٢١٤، وانظر المادة ٨ من قانون أصول المحاكمات الأردني.

(٢) طلبة، أنور، موسوعة المرافعات ، ٦٤٣/١.

(٣) الزعبي، أصول المحاكمات،١٣٣/١.

(٤) الزعبي، أصول المحاكمات،١٣٤/١-١٣٦.

(٥) الزعبي، أصول المحاكمات، ص١٣٧/١، جميعي، نظرية الاختصاص، ص٤٣.

ب- الأحكام الانتهائية التي تصدر على خلاف حكم سابق حائز لقوة الأمر المقضي، أيا كانت المحكمة التي أصدرت هذه الأحكام، حتى لو كانت صادرة من محكمة صلح [١].

ج- الأحكام والقرارات التي ورد بشأنها نص في أي قانون آخر غير قانون تشكيل المحاكم النظامية، وقانون أصول المحاكمات المدنية على أنها قابلة للتمييز، كالأحكام الصادرة عن محكمة استئناف ضريبة الدخل [٢].

تلك هي أهم قواعد الاختصاص النوعي، وبناء على ما سبق فإن مخالفة قواعد هذا الاختصاص تعطي الخصم أو المحكمة حق التمسك بالدفع بعدم الاختصاص النوعي.

ويمكن **تعريف الدفع بعدم الاختصاص النوعي** بأنه: الدفع الذي يقصد منه منع المحكمة من رؤية الدعوى المرفوعة لديها، لعدم دخول هذه الدعوى في اختصاصها، بناء على النوع.

الدفع بعدم الاختصاص النوعي والنظام العام:

تتعلق قواعد الاختصاص النوعي بالنظام العام، وذلك لأن توزيع الاختصاص بحسب نوع الدعوى لا يتعلق بمصلحة الخصوم، وإنما يتعلق بترتيب طبقات المحاكم، وقدرة كل منها على الحكم فيما اختصت به، وبملائمة المواعيد التي تراعي الإجراءات التي تتبع أمام كل من هذه المحاكم لنوع القضايا التي تختص بها [٣].

ويترتب على كون قواعد الاختصاص متعلقة بالنظام العام النتائج الآتية:

أولا: أن المحكمة مجبرة من تلقاء نفسها بالرغم من سكوت الخصوم على إثارة أمر عدم الاختصاص النوعي.

ثانيا: يجب على النيابة -كطرف منضم في الدعوى- التمسك بعدم الاختصاص النوعي.

ثالثا: يجوز لكل خصم في الدعوى التمسك بعدم الاختصاص النوعي.

رابعا: يجوز التمسك بعدم الاختصاص النوعي في أية مرحلة كانت عليها الدعوى، ولو لأول مرة أمام محكمة التمييز، ولكن إذا فات الخصوم، والنيابة، والمحكمة التمسك بعدم

---

(١) جميعي، نظرية الاختصاص، ص٤٣.

(٢) الزعبي، أصول المحاكمات، ١٣٨/١.

(٣) عشماوي، قواعد المرافعات، ٣٨٤/١-٣٨٥، نبيل إسماعيل، أصول المرافعات، ص٢٦٠.

الاختصاص النوعي، وصدر حكم في الموضوع، وأصبح هذا الحكم نهائياً بسبب عدم وجود طريق للطعن فيه، أو لانقضاء المهل المحدد لذلك، فلا سبيل لإبطال الحكم [١].

خامساً: لا يجوز للخصوم الاتفاق على مخالفة قواعد الاختصاص النوعي، أو التنازل عنها [٢].

المطلب الرابع: رابعاً: الدفع بعدم الاختصاص المحلي (المكاني، النسبي):

تمهيد: ذكر سابقاً أن فكرة الاختصاص تنشأ بسبب تعدد الجهات القضائية، وتعدد المحاكم التابعة لهذه الجهات القضائية، ووجوب تقسيم العمل بين هذه المحاكم بحسب نوع القضية وقيمتها، وبحسب المكان الذي توجد فيه المحكمة، فالضابط المكاني من الضوابط الأساسية في توزيع عمل المحاكم، بحيث يكون لكل محكمة نصيب من ولاية القضاء بحسب موقعها الجغرافي، فتختص برؤية القضايا المتعلقة بدائرة إقليمية معينة.

وبناء على ذلك يمكن **تعريف الاختصاص المحلي** بأنه: السلطة الممنوحة لمحكمة ما، برؤية دعوى معينة بناء على الموقع الجغرافي، فتختص كل محكمة برؤية قضايا معينة، تحدث ضمن دائرة تسمى"دائرة المحكمة" [٣].

قواعد الاختصاص المحلي:

القاعدة الأساسية في الاختصاص المحلي هي: انعقاد الاختصاص للمحكمة التي يقع في دائرتها موطن المدعى عليه، فالمدعي هو الذي يسعى إلى المدعى عليه؛ لأنه المهاجم، وأساس هذه القاعدة أن الأصل براءة ذمة المدعى عليه، فالمدعي يدعي خلاف الظاهر، وقد يكون محقاً، وقد يكون غير محق، وهذا لا يُعرف إلا بعد الفصل في الدعوى من قبل المحكمة، وقبل ذلك يجب على المدعي أن يتحمل عبء الانتقال إلى محكمة موطن المدعى عليه، وهذا كله يقوم على أساس العدالة والمنطق [٤].

---

(١) إلياس، أبو عيد، أصول المحاكمات، ٤٠٤/١.

(٢) انظر العشماوي، قواعد المرافعات، ٣٨٧/١.تمييز حقوق أردني ٦٤/١٥١ لسنة ١٩٦٤ مجلة المحامين.

(٣) انظر مليجي، أحمد ، تحديد نطاق الولاية القضائية والاختصاص القضائي، دار النهضة العربية، القاهرة، ص٤٥١، عبد الهادي عباس، الاختصاص القضائي، ص١٤٦، القضاة، أصول المحاكمات، ص١٤٤، ٤٨٢.وانظر الفقرة الأولى من المادة ٣٦ من قانون أصول المحاكمات الأردني.

(٤) عبد الهادي عباس، الاختصاص القضائي، ص٤٨٧، مليجي، تحديد نطاق الولاية القضائية، ص٤٥١.

وإذا كانت القاعدة الأساسية أن الاختصاص ينعقد لمحكمة موطن المدعى عليه، فمن المهم تحديد المقصود بالموطن.

تعريف الموطن:

الموطن هو: المكان الذي يقيم فيه الشخص عادة، ولو تخللت هذه الإقامة فترات انقطاع، وعليه فالموطن يتكون من عنصرين، هما:

العنصر الأول: وهو عنصر مادي يتمثل في الإقامة الفعلية في مكان ما.

العنصر الثاني: وهو عنصر معنوي يتمثل بنية البقاء، أو الاستقرار في هذا المكان.

وعلى ذلك فالموطن يختلف عن محل الإقامة، فمحل الإقامة لا تتحقق فيه نية البقاء، والاستقرار وإن كان الشخص يكثر التردد عليه، ولذلك فإن الاختصاص ينعقد لمحكمة موطن المدعى عليه دون محكمة محل الإقامة، وإذا وجد للشخص أكثر من موطن، جاز إقامة الدعوى أمام محكمة أي من هذه المواطن [1].

ويعتبر المكان الذي يباشر فيه الشخص تجارة، أو حرفة موطناً بالنسبة إلى إدارة الأعمال المتعلقة بهذه التجارة، أو الحرفة، ولذلك فإذا كانت الدعوى متعلقة بشيء من أعماله جاز رفعها أمام محكمة الموطن الذي يباشر فيه أعماله، ما لم ينص على خلاف ذلك، ويسمى هذا"موطن الأعمال".

والعبرة بالموطن الذي كان للمدعى عليه وقت رفع الدعوى، لا وقت قيام سببها، ولا يؤثر في اختصاص المحكمة تغيير موطن المدعى عليه أثناء سير الخصومة.

وموطن القاصر، والمحجور عليه، والمفقود، والغائب هو موطن من ينوب عن هؤلاء قانوناً، ويسمى"الموطن القانوني".

وموطن الموظفين هو المكان الذي يمارسون فيه وظائفهم [2].

---

(١) أنور طلبة، موسوعة المرافعات، ٦٧١/١، مليجي، تحديد نطاق الولاية القضائية، ص٤٥٢، عشماوي، قواعد المرافعات، ٤٨٦/١.

(٢) معوض عبد التواب، الموسوعة النموذجية في الدفوع، ١/٤٠-٤١، عشماوي، قواعد المرافعات، ١/٤٨٦-٤٨٧، عبد الهادي عباس، الاختصاص القضائي، ص٤٩٠، القضاة، أصول المحاكمات، ص١٤٥-١٤٨.

تعدد المدعى عليهم:

قد ترفع الدعوى على شخص واحد، وقد ترفع على عدة أشخاص، فيتعدد المدعى عليهم، فإذا رفعت الدعوى على شخص واحد، كان الاختصاص لمحكمة موطنه، وإذا رفعت على أكثر من شخص، فيجوز رفع الدعوى أمام محكمة موطن أي من المدعى عليهم، ويشترط لذلك ما يلي:

أولاً: أن يكون تعدد المدعى عليهم حقيقياً: فإن كان هذا التعدد صورياً بأن تعمد المدعي رفع الدعوى أمام شخص لا شأن له فيها، وإنما لمجرد جلب الخصم أمام محكمة غير محكمته المختصة، فلا يعتد بهذا التعدد، وتكون المحكمة المختصة هي محكمة الخصم الحقيقي [١].

ثانيا: ويشترط تساوي المراكز القانونية للمدعى عليهم، أي أن يكونوا جميعاً مختصمين بصفة أصلية، أو بصفة تبعية، أو احتياطية، فيجب أن ينعدم عنصر المفاضلة بينهم، أما إذا اختلفت مراكزهم القانونية، كأن يكون أحدهم مديناً أصلياً، والثاني كفيلاً، فإن المحكمة المختصة في هذه الحالة هي محكمة المدين الأصلي؛ لأن التزام الكفيل تبعي، ولذلك يجب أن يتساوى موقف المدعى عليهم بالنسبة إلى موضوع الدعوى [٢].

ثالثا: أن يكون اختصاص المحكمة طبيعيا، بأن تكون المحكمة المرفوع إليها الدعوى هي محكمة موطن أحد المدعى عليهم، لا المحكمة المختصة له بسبب اعتبار آخر خاص به فلو اتفق المدعي مع أحد المدعى عليهم على اختصاص محكمة غير محكمة موطنه، فإن هذه المحكمة تكون مختصة بالنسبة للمدعى عليه المتفق معه، ولا يجوز للمدعي رفع الدعوى على جميع المدعى عليهم أمام هذه المحكمة لعدم وجود موطن أي واحد منهم ضمن دائرة هذه المحكمة [٣].

رابعا: أن تكون الدعوى واحدة، أي أن يكون موضوعها واحداً بالنسبة للمدعى عليهم جميعاً، سواء اتحد السبب، أو اختلف، أما إذا لم تكن الدعوى واحدة، بل كانت في حقيقتها

---

(١) مليجي، تحديد نطاق الولاية القضائية، ص٤٥٤، عشماوي، قواعد المرافعات، ٤٩٠/١. وانظر المادة ٣٦ من قانون أصول المحاكمات الأردني.

(٢) عبد الهادي عباس، الاختصاص القضائي، ص٤٩٥، مليجي، تحديد نطاق الولاية القضائية، ص٤٥٤.

(٣) أنور طلبة، موسوعة المرافعات، ٦٧٤/١-٦٧٥، القضاة، أصول المحاكمات، ص١٥٠، عبد الهادي عباس، الاختصاص القضائي، ص٤٩٥.

ثانياً: الدعاوى الشخصية العقارية، والدعاوى المختلطة:

يقصد بالدعاوى الشخصية العقارية: الدعاوى التي تستند إلى حق شخصي بحت، ويطلب بها تقرير حق عيني على العقار، أو اكتساب هذا الحق، ومن أمثلة هذه الدعاوى الدعوى التي يرفعها المشتري بعقد غير مسجل، ويطلب فيها الحكم على البائع بصحة التعاقد، واعتبار الحكم ناقلاً للملكية من تاريخ تسجيل صحيفة الدعوى، فهذا النوع من الدعاوى يرفع للمحكمة التي يقع في دائرتها العقار، أو للمحكمة التي يقع في دائرتها موطن المدعى عليه (١).

ويقيس الفقه على الدعاوى الشخصية العقارية الدعاوى المختلطة، وهي الدعاوى التي تستند إلى حقين: شخصي وعيني، وتوجه إلى المدعى عليه باعتباره مديناً بالأول، وملزماً في الوقت نفسه باحترام الثاني باعتباره نتيجة لثبوت الأول، ومن أمثلة هذه الدعاوى: دعوى المشتري على البائع بتسليم العقار تنفيذاً لعقد البيع، ودعوى البائع على المشتري بفسخ البيع ورد العقار إليه.

فهذه الدعاوى أيضاً ترفع أمام محكمة محل العقار، أو محكمة موطن المدعى عليه (٢).

ولو أراد المدعي رفع مثل هذه الدعاوى أمام محكمة موطن المدعى عليه، وكان المدعى عليه أكثر من شخص، فيجوز في مثل هذه الحالة رفع الدعوى أمام محكمة موطن أي واحد من المدعى عليهم (٣).

ثالثاً:الدعاوى المتعلقة بالشخص الاعتباري الخاص كالشركات، أو الجمعيات، أو المؤسسات:

إذا رفعت الدعوى على الشخص الاعتباري الخاص، فإنها ترفع أمام المحكمة التي يقع في دائرتها مركز إدارة الشخص الاعتباري، سواء كانت الدعوى مرفوعة على الشركة، أو الجمعية، أو المؤسسة، أم كانت مرفوعة من الشركة، أو الجمعية، أو المؤسسة على أحد الشركاء، أو الأعضاء، أم كانت مرفوعة من شريك، أو عضو على آخر.

---

(١) أبو الوفا، المرافعات، ص٤١٣، عشماوي، قواعد المرافعات، ٤٩٥/١، مليجي، تحديد نطاق الولاية القضائية، ص٤٥٨.

(٢) مليجي، تحديد نطاق الولاية القضائية، ص٤٥٩، جميعي، نظرية الاختصاص، ص٦٥، عبد الهادي عباس، الاختصاص القضائي، ص٤٩٣-٤٩٤.

(٣) جميعي، نظرية الاختصاص، ص٦٦.

ويلاحظ أنه في حالة رفع الدعوى على الشخص الاعتباري، واختصاص المحكمة التي يوجد في دائرتها موطن الشخص الاعتباري، أو مركز إدارته بهذه الدعوى، ففي هذه الحالة لا يوجد استثناء على القاعدة الأصلية للاختصاص المحلي، بل إن هذا يتفق مع القاعدة الأصلية التي تجعل الاختصاص لمحكمة موطن المدعى عليه، وإنما يظهر الاستثناء في حالة رفع الدعوى من قبل الشخص الاعتباري على أحد الأعضاء، أو في حالة رفع الدعوى من عضو على آخر، ففي هاتين الحالتين تكون الدعوى من اختصاص المحكمة التي يوجد في دائرتها مركز الإدارة.

والحكمة من جعل رفع هذه الدعوى أمام المحكمة التي يقع في دائرتها مركز إدارة الشخص الاعتباري الخاص، هي تقليل المشقة، والوقت، فقد يتطلب الفصل في هذه الدعاوى فحص أوراق الشركة، ودفاترها (١).

وإذا كان للشخص الاعتباري فروع غير مركز الإدارة، فيجوز رفع الدعوى أمام المحكمة التي يقع في دائرتها فرع الشركة، أو الجمعية، أو المؤسسة، وذلك في المسائل المتصلة بهذا الفرع (٢).

ويشترط لإعمال القاعدة الاستثنائية المتعلقة بدعاوى الأشخاص الاعتبارية الخاصة ما يلي:

الشرط الأول: أن تكون هناك شركة، أو جمعية، أو مؤسسة بالمعنى القانوني، ولو كانت الشركة باطلة، فإن الدعوى ببطلانها من اختصاص محكمة مركز الإدارة، كما يشترط أن يكون للشركة مركز، فيخرج بذلك شركات المحاصة (٣)، وبعض الشركات الصغيرة، وعندئذ ترفع الدعوى أمام المحكمة التي يوجد في دائرتها محل أحد الشركاء، ما لم يكن لهذه الشركات موطن خاص مستقل عن موطن هؤلاء، ومانع للاختصاص.

---

(١) جميعي، نظرية الاختصاص، ص٧٥-٧٧، مليجي، تحديد الولاية القضائية، ص٤٦٢، أبو الوفا، المرافعات، ص٤١٥-٤١٦، ٤٥٦، أنور طلبة، موسوعة المرافعات، ٦٨٩/١-٦٩٠، معوض عبدالتواب، الموسوعة النموذجية، ٤٤/١. وانظر الفقرة الأولى من المادة ٣٨ من قانون أصول المحاكمات الأردني.

(٢) جميعي، نظرية الاختصاص، ص٧٦-٧٧.وانظر الفقرة الثانية من المادة ٣٨ من القانون الأردني.

(٣) شركة المحاصة هي الشركة التي ليس لها رأس مال شركة، ولا عنوان شركة، فهي شركة تقوم بين أفرادها، ولا يعلم الغير بوجودها. انظر: القليوبي، سميحة، الشركات التجارية، دار النهضة، القاهرة، ١٩٨٤م، ص١٦٠.

الشرط الثاني: أن تكون الدعوى متعلقة بإدارة الشركة، أو الجمعية، أو المؤسسة، أو وجودها، أو أعمالها، وعليه يكون الاختصاص لمحكمة إدارة الشركة، أو الجمعية، أو المؤسسة المتعلقة ببطلانها، أو فسخها، أو بتنفيذ أعمال ناشئة عن التزاماتها، أو مقامه ضد أحد الشركاء، أو لأعضاء فيها، أو ضد مديريها.

الشرط الثالث: أن تكون الشركة، الجمعية أو المؤسسة قائمة، أو في طريق التصفية، أو الحل، فإذا صُفيت نهائياً فلا محل لهذا الاختصاص.

الشرط الرابع: أن تكون صفة الشريك غير متنازع فيها، فإن كانت متنازعا فيها فترفع الدعوى أمام محكمة موطن المدعى عليه [١].

رابعاً: الدعاوى المتعلقة بالتركات:

الدعاوى المتعلقة بالتركات والتي ترفع قبل قسمة هذه التركات من الدائن، أو من بعض الورثة على بعض تكون من اختصاص المحكمة التي يقع في دائرتها آخر موطن للمتوفى، وإن لم يكن له موطن، فيكون الاختصاص للمحكمة التي يقع في دائرتها آخر محل إقامة للمتوفى.

ويشترط لإعمال هذه القاعدة أن تكون هذه الدعاوى متعلقة فعلاً بالتركة، وإلا فلا يعنقد الاختصاص لمحكمة آخر موطن للمتوفى، كأن تتعلق الدعوى بالتزامات شخصية للمورث مما لا ينقل بالميراث، كالإلتزام بأداء عمل معين [٢].

كما يشترط أيضاً لإعمال هذه القاعدة أن ترفع الدعوى قبل قسمة التركة، أما بعد القسمة فيلجأ للقواعد المنصوص عليها [٣].

خامساً: الدعاوى المتعلقة بمسائل الإفلاس:

يختص بهذه الدعاوى المحكمة التي قضت بشهر الإفلاس؛ لأنها الأقدر على إدراك حالة من أشهر إفلاسه، والفصل في الدعوى [١].

---

(١) أبو الوفا، المرافعات، ص٤٥٦، مليجي، تحديد نطاق الولاية القضائية ، ص٤٦٣، عشماوي، قواعد المرافعات، ٤٩٩/١-٥٠١.

(٢) مليجي، تحديد نطاق الولاية القضائية، ص٤٦٤-٤٦٥، عبد الهادي عباس، الاختصاص القضائي، ص٤٩٩، معوض عبد التواب، وانظر المادة ٣٩ من قانون أصول المحاكمات الأردني.

(٣) أنور طلبة، موسوعة المرافعة، ٦٩١/١-٦٩٢.

سادساً: الدعاوى التجارية:

يكون الاختصاص في هذه الدعاوى لمحكمة موطن المدعى عليه، أو للمحكمة التي تم الاتفاق ونفذ كله، أو بعضه في دائرتها، أو للمحكمة التي يجب تنفيذ الاتفاق في دائرتها [٢].

سابعاً: الدعاوى المتعلقة بالتوريدات، والمقاولات، وأجور المساكن، وأجور الصناع، والعمال، والأجراء:

ينعقد الاختصاص بهذه الدعاوى للمحكمة التي يقع في دائرتها موطن المدعى عليه، أو للمحكمة التي تم الاتفاق، أو نفذ في دائرتها متى كان فيها موطن المدعي [٣].

ثامناً: الدعاوى الوقتية والمستعجلة:

وهي الدعاوى المتضمنة طلب إجراء وقتي، كدعاوى إثبات الحالة، أو جرد الأموال، أو وضع الأختام، ويكون الاختصاص في هذه الدعاوى للمحكمة التي يقع في دائرتها موطن المدعى عليه، أو للمحكمة المطلوب حصول الإجراء في دائرتها [٤]، ولكن إذا رفعت الدعوى بطلب موضوعي، وتضمنت طلباً بإجراء وقتي، يتمثل في إثبات حالة الشيء المتنازع عليه، فإن الاختصاص في هذه الحالة يكون للمحكمة التي تختص بنظر الموضوع، وفي المنازعات المستعجلة المتعلقة بتنفيذ الأحكام والسندات يكون الاختصاص بنظرها للمحكمة التي يجري في دائرتها التنفيذ [٥].

تاسعاً: الطلبات العارضة والمرتبطة:

مر سابقاً أن الطلبات العارضة هي تلك الطلبات التي تبدى أثناء خصومة قائمة، وتتناول ذات هذه الخصومة بالتغيير، أو بالزيادة، أو بالنقص من جهة موضوعها، أو طرفها،

---

(١) أبو الوفا، المرفعات، ص٤١٧-٤١٨، جميعي، نظرية الاختصاص، ص٨٥، عشماوي، قواعد المرافعات، ١/٥١٥، وانظر المادة ٤١ من قانون أصول المحاكمات الأردني.

(٢) مليجي، تحديد نطاقات الولاية القضائية، ص٤٦٨، أنور طلبة، موسوعة المرافعات، ١/٦٩٥-٦٩٧.وانظر المادة ٤٤ من قانون أصول المحاكمات الأردني.

(٣) أبو الوفا، المرافعات، ص٤١٩-٤٢٠، عبد الهادي عباس، الاختصاص القضائي، ص٥٠٤. وانظر المادة ٤٢ من قانون أصول المحاكمات الأردني.

(٤) أنور طلبة، موسوعة المرافعات، ١/٧٠٤-٧٠٦، القضاة، أصول المحاكمات، ص١٥٥.

(٥) أنور طلبة، موسوعة المرافعات، ١/٧٠٥.

أو سببها، وهذه الطلبات تنظرها المحكمة التي تنظر الطلب الأصلي، تطبيقاً لمبدأ أن قاضي الأصل هو قاضي الفرع [١].

عاشراً: حالة الاتفاق على اختصاص محكمة معينة:

إذا اتفق الخصوم على اختصاص محكمة معينة، فيكون الاختصاص للمحكمة المتفق على اختصاصها، أو لمحكمة موطن المدعى عليه، وهذا الاتفاق يمكن حدوثه عند التعاقد، وعند رفع النزاع، ولكن هناك حالات نص عليها القانون لا يجوز فيها الاتفاق مقدماً على مخالفة الاختصاص، كما في حالة المطالبة بقيمة التأمين، أو أجور العمال، إلا أنه يجوز في هذه الحالات الممنوع الاتفاق على مخالفة الاختصاص فيها أن يتفق الخصوم على اختصاص محكمة غير المحكمة المختصة في الأصل، ولكن يشترط أن يكون الاتفاق بعد رفع النزاع؛ لأنه بعد قيام النزاع يكون الخصم على بينة من أمره، فتنتفي بذلك شبهة الإكراه والتغرير [٢].

حادي عشر: الدعاوى المتعلقة بطلب قيمة التأمين:

تختص بهذه الدعاوى المحكمة التي يقع في دائرتها موطن الشخص المؤمن عليه، أو مكان المال المؤمن عليه، سواء كان المال مالاً، أو عقاراً، والأصل في هذه الدعاوى أن ترفع أمام المحكمة التي يقع في دائرتها مركز إدارة شركة التأمين، إلا أن المشرع استثنى هذه الدعاوى من القاعدة الأصلية مراعاة لظروف المستفيد من التأمين، ولكون المال قريباً من المحكمة، وبالتالي جعل الاختصاص للمحكمة التي يقع في دائرتها المال المؤمن عليه، أو الشخص المؤمن عليه [٣].

وجدير بالذكر أن هذا الاستثناء قد ألغيت قيمته في واقعنا الذي نعيش، فقد درجت شركات التأمين على وضع شروط في عقودها تجعل الاختصاص للمحكمة التي يقع في دائرتها مركز إدارة شركة التأمين.

---

(١) أبو الوفا، المرافعات، ص٤٢٢-٤٢٣، مليجي، تحديد نطاق الولاية القضائية، ص٤٧٤-٤٧٥، عشماوي، أصول المرافعات، ٥١١/١، أنور طلبة، موسوعة المرافعات، ٧٠٧/١.

(٢) أبو الوفا، المرافعات، ص٤٢٤-٤٢٧، جمعيي، نظرة الاختصاص، ص٨٧-٨٨، عبد الهادي عباس، الاختصاص القضائي، ص٥٠٢، عشماوي، قواعد المرافعات، ٥٠٩/١، أنور طلبة، موسوعة المرافعات، ٧١١/١-٧١٣، القضاة، أصول المحاكمات، ص١٦٠.

(٣) القضاة، أصول المحاكمات، ص١٥٥-١٥٦، جميعي، نظرية الاختصاص، ص٧٠، أنور طلبة، موسوعة المرافعات، ٧٠٢/١-٧٠٣.

تلك هي أهم قواعد الاختصاص المحلي، وعليه إذا تمت مخالفة إحدى هذه القواعد عند رفع الدعوى، فإنه يحق للخصم التمسك بالدفع بعدم الاختصاص المحلي، ومن ثم يمكن **تعريف الدفع بعدم الاختصاص المحلي** بأنه :الدفع الذي يقصد منه منع المحكمة من رؤية الدعوى المرفوعة إليها لخروجها عن حدود ولايتها بناء على المكان المخصص لولاية هذه المحكمة.

الدفع بعدم الاختصاص المحلي والنظام العام:

يكاد فقهاء القانون والقضاء يجمعون على أن قواعد الاختصاص المحلي لا تتعلق بالنظام العام، ومع ذلك فقد لاقى هذا الإجماع بعض الاعتراضات التي تطالب بجعل قواعد الاختصاص المحلي من النظام العام، وأهم هذه الاعتراضات:

الاعتراض الأول:

ما هو الحل لو اتفق جميع المتقاضين في بلد ما على التقاضي أمام محكمة بعينها؟ لذلك تستطيع المحكمة أن تحكم من تلقاء نفسها بعدم اختصاصها المحلي؛ لأن توزيع العمل بين المحاكم على أساس جغرافي يتصل إلى حد ما بالمصلحة العامة، فهو نوع من التنظيم العام الذي يقتضي توزيع العبء بين المحاكم توزيعاً عادلاً، ومن ثم لا يعقل أن يزداد العبء على محكمة ما، ويزول عن محكمة أخرى بناء على اتفاق المتقاضين.

وقد تم الرد على هذا الاعتراض بالآتي:

الرد الأول: إن الاعتبارات التي أخذها المشرع بعين الاعتبار في تحديد الاختصاص المحلي للمحاكم تحول دون القول بأن هذا النوع من الاختصاص يتعلق بالنظام العام، وأهم هذه الاعتبارات:

أ- إن قواعد الاختصاص المحلي مقررة لمصلحة الخصوم، وبالأخص مصلحة المدعى عليه، وهذه مصلحة خاصة، وإذا كان صاحب المصلحة يرى أنه لا ضرر عليه في مخالفة قواعد الاختصاص المحلي، فلا يجوز إجباره على عدم مخالفتها.

ب-توزيع الاختصاص المحلي يقع على أساس جغرافي، هو تحديد مادي لمناطق معينة، وليس هناك اعتبارات فنية مستمدة من صميم القانون تحول دون عقد الاختصاص لمحكمة تقع في منطقة أخرى، ما دامت مختصة بنفس النوع من القضايا وعلى نفس المستوى.

ج- قد تقتضي المعاملات التي تقوم بين الأشخاص أن يكون رفع الدعوى لمحكمة غير تلك التي حددها القانون.

الرد الثاني: إن السؤال المطروح في الاعتراض هو سؤال نظري، ولا يصدقه الواقع العملي، فلم يحدث قط أن اتفق جميع المتقاضين في دولة ما على التقاضي أمام محكمة بعينها [١].

الاعتراض الثاني:

إن بعض قواعد الاختصاص المحلي قد قررت لحماية الضعفاء، وهذه الغاية من أسس التنظيم الاجتماعي، وبالتالي تتعلق بالنظام العام، فلا يجوز الاتفاق على مخالفتها، لما في المخالفة من إهدار لهذه الغاية.

فدعاوى طلب التأمين مثلاً، تكون من اختصاص محكمة موطن المستفيد، أو مكان المال المؤمن عليه، والغاية من اختصاص محكمة موطن المستفيد هي رعاية جانب هذا المستفيد لأنه غالباً ما يكون قد تعرض لحادث، أو يكون كبير السن، ولكن شركات التأمين أهدرت هذه الغاية لأنها درجت على وضع شرط في عقود التأمين يجعل الاختصاص لمحكمة مركز إدارة شركة التأمين، وفي هذه الحالة يجب أن يكون الاختصاص المحلي متعلقاً بالنظام العام.

وقد أجيب على هذا الاعتراض بما مفاده:

أن هذا الاعتراض في محله، وقد استجاب القانون لهذا الاعتراض، حيث منع المشرع في بعض الحالات أن يتفق الخصوم على مخالفة قواعد الاختصاص المحلي، ومن هذه الحالات دعاوى المطالبة بالتأمين التي ذكرها أصحاب الاعتراض الثاني، ففي هذه الدعاوى لا يجوز الاتفاق قبل رفعها على مخالفة الاختصاص المحلي، أما بعد رفع النزاع، فيجوز الاتفاق على المخالفة، لانتفاء الغرر [٢].

النتائج المترتبة على عدم تعلق قواعد الاختصاص المحلي بالنظام العام:

أولا: يصح اتفاق الخصوم على مخالفة قواعد الاختصاص المحلي، ويكون هذا الاتفاق ملزماً لهم، فلا يجوز للمدعى عليه إذا ما رفعت الدعوى أمام المحكمة التي تم الاتفاق على اختصاصها، أن يدفع بعدم اختصاصها محلياً.

---

(١) جميعي، نظرية الاختصاص، ص١٠٣-١٠٥.

(٢) مرجع سابق، ص١٠٥-١٠٧.

ثانيا: ليس للمدعي أن يدفع بعدم الاختصاص المحلي؛ لأن قيامه برفع الدعوى أمام محكمة غير مختصة، يدل على قبوله باختصاص هذه المحكمة.

ثالثا: المدعى عليه وحده الذي يستطيع الإدلاء بالدفع بعدم الاختصاص المحلي، وبالتالي فمن تدخل اختصامياً لا يجوز له الإدلاء بالدفع بعدم الاختصاص المحلي؛ لأنه يعتبر في حكم المدعي، وهذا الأخير ليس له التمسك بهذا الدفع، ولأن تدخله يعد قبولاً منه باختصاص المحكمة محلياً.

ومن يختصم في دعوى قائمة بناء على طلب أحد الخصوم، أو بأمر من المحكمة لا يجوز له أن يتمسك بعدم اختصاص المحكمة محلياً، ويستثنى من ذلك أنه يجوز للمدعى عليه في طلب الضمان أن يتمسك بعدم اختصاص المحكمة محلياً إذا ثبت أن الدعوى الأصلية لم تقم إلا بقصد جلبه أمام محكمة غير مختصة، وصورة هذه الحالة أن يرفع مشتري منقولات مثلاً دعوى على الوسيط الذي تم البيع بواسطته بقصد فسخ عقد البيع، فيطلب الوسيط إدخال البائع ضامناً، فإذا ثبت أن الوسيط لا شأن له في النزاع، وإنما رفعت الدعوى بقصد جلب البائع أمام محكمة غير محكمته، كان لهذا البائع الدفع بعدم اختصاص المحكمة اختصاصاً محلياً.

وكذلك لا يجوز لمن تدخل منضماً إلى المدعى عليه، أن يدفع بعدم اختصاص المحكمة محلياً، إذا كان حق المدعى عليه في الإدلاء بالدفع قد سقط؛ لأنه يتدخل في الخصومة بالحالة التي هي عليها وقت دخوله، أما إذا لم يكن حق المدعى عليه قد سقط بالإدلاء بالدفع فيجوز لهذا المنضم الدفع بعدم الاختصاص المحلي.

رابعاً: على المدعى عليه إبداء الدفع بعدم الاختصاص المحلي مع سائر الدفوع الشكلية، وقبل التكلم في الموضوع، وقبل إبداء أي طلب وإلا سقط الحق في الإدلاء به.

وإذا أريد التمسك بعدم اختصاص المحكمة محلياً في الأحوال التي يجوز فيها المعارضة بنص خاص، أو في الاستئناف، فمن الواجب إبداء هذا الدفع في صحيفة المعارضة أو في عريضة الاستئناف، وإلا سقط الحق فيه.

خامساً: لا يجوز للنيابة –كطرف منضم– أن تتمسك بعدم الاختصاص المحلي.

سادساً: لا يجوز للمحكمة أيضاً أن تقضي بعدم اختصاصها محلياً [1].

---

(١) أبو الوفا، نظرية الدفوع في قانون المرافعات، منشأة المعارف، ط٩ ١٩٩١م، ص١٩٣-١٩٤، وقد اعتمدت ط٩ من هذا الكتاب لنهاية الأطروحة لفقد الطبعة التي اعتمدت عليها سابقاً، وانظر عشماوي،

ومع القول بعدم تعلق قواعد الاختصاص المحلي بالنظام العام، فهناك حالات يتعلق فيها الاختصاص المحلي بهذا بالنظام، فيجب رفع الدعوى أمام محكمة معينة، كما هو الحال في المعارضة، والتماس إعادة النظر، وفي الاستئناف، والرد، والتنصل من عمل يتعلق بخصومة قائمة.

ففي المعارضة والتماس إعادة النظر يتعين رفع الطعن إلى نفس المحكمة التي أصدرت الحكم، وذلك لأن القضاء لا يسلط على القضاء، ولو من نفس مرتبة المحكمة التي أصدرت الحكم.

والاستئناف لا يرفع إلا إلى محكمة الدرجة الثانية، التي يشمل اختصاصها دائرة اختصاص محكمة الدرجة الأولى التي أصدرت الحكم المطعون فيه.

وفي رد القضاة ومخاصمتهم، والتنصل من عمل يتعلق بخصومة قائمة، فيختص بهذا المحكمة التابع لها القاضي، أو المحكمة القائمة أمامها الخصومة المراد التنصل من عمل يتعلق بها. وكذلك لا يختص بتصحيح الحكم، أو بتفسيره إلا المحكمة التي أصدرته. ومن قواعد الاختصاص المحلي المتعلقة بالنظام العام، ألا تختص بإشهار إفلاس التاجر إلا محكمة موطنه التجاري، دون موطنه العادي، أو أي محكمة سبق الاتفاق على اختصاصها بنظر المنازعات المتعلقة بالدين المراد شهر الإفلاس اقتضاءً له. وكذلك تختص المحكمة التي قضت بشهر الإفلاس بنظر جميع المنازعات المتعلقة به. [1]. هذا ويقع عبء إثبات الدفع بعدم الاختصاص المحلي على المدعى عليه مبدي الدفع [2].

أحكام عامة تتعلق بالدفوع بعدم الاختصاص بأنواعها كلها:

أولاً: الفصل في الدفع:

الأصل أن قاضي الموضوع هو قاضي الدفوع، والغالب أن تقضي المحكمة في الدفع قبل الفصل في موضوع الدعوى، إذ قد يغنيها ذلك عن النظر في الموضوع، ولكن قد يقتضي

قواعد المرافعات، ٢/٢٢٥-٢٢٧، إلياس أبو عيد، أصول المحاكمات، ١/٢٩٠-٢٩٢، معوض عبدالتواب، الموسوعة النموذجية في الدفوع، ١/٤٨.

(١) أبو الوفا، نظرية الدفوع، طبعة ٩١، ص١٩٨-٢٠٠، جميعي، نظرية الاختصاص، ص١٠٧-١٠٨، إلياس أبو عيد، أصول المحاكمات، ١/٤٠٦، العشماوي، قواعد المرافعات، ٢/٢٣٢.

(٢) مليجي، الاختصاص القيمي، ص٢٠٣.

الفصل في الدفع بحث الموضوع، وفي هذه الحالة يجب على المحكمة نظر الموضوع، لا لذاته، وإنما باعتباره مسألة أولية يتعين بحثها أولاً، وقبل الفصل في الموضوع [١].

ثانياً: إذا حكمت المحكمة بعدم الاختصاص:

فإنها تمتنع عن النظر في الدعوى، وعليها أن تقرن حكمها هذا بالحكم بإحالة الدعوى بحالتها إلى المحكمة التي تراها مختصة بنظر الدعوى، وتلزم المحكمة المحالة إليها الدعوى بنظرها، وتجوز الإحالة من محاكم الدرجة الأولى إلى محاكم الدرجة الأولى، ومن الثانية إلى الثانية، ومن الدرجة الأولى بصفتها هيئة استئنائية إلى محكمة الاستئناف، أما من محكمة الأولى بصفتها ابتدائية إلى محكمة الدرجة الثانية فلا تجوز الإحالة، أخذاً بمبدأ التقاضي على درجتين، ويستثنى من ذلك ما نص القانون على جوازه [٢].

ثالثاً: حجية الحكم الصادر في الدفع:

الأصل أنه إذا صدر الحكم بعدم اختصاص المحكمة بنظر الدعوى، فلا يحوز حجية المحكوم به إلا في الخصومة التي صدر فيها، ولا تتقيد به أية محكمة أخرى يكون النزاع ذاته معروضاً عليها. كما أن الحكم باختصاص المحكمة بنظر الدعوى لا يحوز حجية الشيء المحكوم به، ولا تتقيد به أية محكمة أخرى يكون النزاع ذاته مطروحاً عليها، أو يجدد أمامها؛ لأن الحكم باختصاص المحكمة يفيد أن المحكمة لها ولاية الفصل في النزاع المطروح أمامها، وهذا لا يعني اختصاصها وحدها بالفصل فيه [٣].

رابعاً: حجية الحكم الصادر في الموضوع من محكمة غير مختصة:

أ-الحكم الصادر من جهة قضاء غير مختصة:

الأصل أن الحكم الصادر من جهة قضاء غير مختصة لا يحوز حجية الشيء المحكوم فيه أمام جهات القضاء الأخرى، ولكنه يحوز الحجية أمام محاكم الجهة التي أصدرته، وهناك

---

(١) أبو الوفا، نظرية الدفوع، ط٩١، ص٢٠٥-٢٠٦، أحمد السيد الصاوي،، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، ١٩٨١م، ص٢١٤.

(٢) نبيل إسماعيل، أصول المرافعات، ص٦٠٠، أحمد الصاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات، ص٢١٤-٢١٥، هندي، أحمد، قانون المرافعات المدنية والتجارية، النظام القضائي والاختصاص والدعوى، دار الجامعة، ١٩٩٥م، ص٤٩٠-٤٩٢.

(٣) أبو الوفا، نظرية الدفوع، ص٢٠٩-٢١٤.

قول بأن الحكم الصادر من جهة قضاء غير مختصة يحوز الحجية أمام جهات القضاء الأخرى.

ب-الحكم الصادر من محكمة غير مختصة نوعيا، أو قيمياً:

يحوز هذا الحكم حجية الشيء المحكوم به أمام محاكم الجهة التي أصدرته، بما في ذلك المحكمة التي كانت أصلاً مختصة بالنظر في النزاع، وعليه يصبح الحكم نهائياً إذا انقضت مواعيد الطعن. وهناك رأي يتجه إلى اعتبار الأحكام الصادرة من محكمة غير مختصة نوعياً، أو قيمياً أحكاماً معدومة، لا يجوز تنفيذها، ولا يلزم الطعن فيها، وإنما يكفي انكارها والتمسك بعدم وجودها، ويجوز إقامة دعوى أصليه بطلب بطلانها.

ج-الحكم الصادر من محكمة غير مختصة محلياً:

يجوز الطعن في هذا الحكم بطريق الطعن المناسب، وفي ميعاده، ومتى انقضت مواعيد الطعن فيه أصبح باتاً [١].

---

(١) أبو الوفا، نظرية الدفوع، ط١٩٩١م، ص٢٠٩-٢١٤.

المبحث الثاني

الدفع بعدم الاختصاص في الفقه الإسلامي

يجوز في الفقه الإسلامي تخصيص القضاء بحيث تكون ولاية القاضي مقصورة على ما خصص له، وفيما يلي أبين أنواع الاختصاص التي عرفها الفقه الإسلامي:

المطلب الأول: الاختصاص المكاني:

يقصد بالاختصاص المكاني في الفقه الإسلامي: جعل ولاية القضاء قاصرة على مكان معين، بحيث لا يجوز للقاضي أن يمارس ولايته القضائية خارج حدود المكان الذي عُيّن له وقيّد به، بل إنه في خارج المكان المخصص لولايته القضائية يعتبر كواحد من الرعية، ولا يُعتد بأي حُكم يصدره. وقد أقر الفقهاء هذا النوع من الاختصاص، ولم يخالف في ذلك أحد منهم [١].

جاء في البحر الرائق: "يصح تقييد القضاء بزمان ومكان ولو لم يقيده ببلد فالمختار أنه يصير قاضياً في بلده الذي هو فيه، لا في كل بلاد السلطان" [٢].

وتقييد القضاء بمكان معين ورد في زمن النبي ﷺ، والروايات في ذلك كثيرة، ومن هذه الروايات:

أ- ما روي عن أبي بُرْدة، قال: بعث رسول الله ﷺ أبا موسى ومعاذ بن جبل إلى اليمن، قال: وبعث كل واحد على مخلاف [٣]، قال واليمن مخلافان، ثم قال عليه الصلاة والسلام يسّرا ولا تعسّرا، بشّرا ولا تنفرا" [١].

---

(١) ابن نجيم، البحر الرائق، ٤٣٥/٦، الدسوقي، حاشية الدسوقي، ١١/٦، ابن حجر الهيتمي، تحفة المحتاج، ٣٥٢/٤، البهوتي، كشاف القناع، ٣٦٩/٦.

(٢) ابن نجيم، البحر الرائق، ٤٣٥/٦.

(٣) المخلاف هو الطرف والناحية من البلد، والجمع مخاليف، وهو ما يسمى في وقتنا الحاضر بالمديرية أو المحافظة، انظر: لسان العرب، ١٩١/٤، المعجم الوسيط، ٢٥٢/١.

ب- وروي أن النبي ﷺ وجه عتّاب بن أسيد قاضياً وواليا على أهل مكة يوم الفتح [٢].

وجه الدلالة من هذه الأحاديث: يدل هذان الحديثان الشريفان وغيرهما من الأحاديث على جواز تخصيص القضاء بمكان معين، يقتصر عليه عمل القاضي، ولا يتعداه إلى غيره من الأماكن.

وإذا كان الفقهاء قد نصوا على جواز تقييد القضاة بمكان معين، فإن كثيراً منهم قد اشترط لصحة تولي القضاء أن يُنص في عقد التولية على تحديد المكان الذي تتناوله ولاية القاضي.

جاء في كتاب الحاوي:"تشتمل ولاية القضاء على خمسة شروط: مولي، ومُولَى، وعمل، ونظر، وعقد، فأما الشرط الأول وهو المولي فيرجع فيه إلى أصل وفرع، فأما الأصل فهو الإمام المستخلف على الأمة، فتقليد القضاء من جهته فرض، وأما الفرع: فهو قاضي الإقليم إذا عجز عن النظر في جميع النواحي لزمه تقليد القضاء فيما عجز عن مباشرة النظر فيه، وأما الشرط الثاني وهو المُولَى، فتقليد القضاء من جهته من فروض الكفايات؛ لأنه لا يتعين في واحد من الناس ... وأما الشرط الثالث وهو العمل: فيلزم الإمام أن يبعث على البلد الذي يقلده قاضياً، فيقول: قلدتك قضاء الكوفة، ليكون العمل معلوماً ....، وأما الشرط الرابع وهو النظر: فهو على ضربين عام، وخاص، فأما العام فهو أن يقلد النظر في جميع الأحكام

---

(١) صحيح البخاري، كتاب المغازي، باب بعث أبي موسى ومعاذ بن جبل إلى اليمن، ١٥٧٨/٤، مسلم، أبو الحسن مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، (ت٢٦١هـ)، صحيح مسلم، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط١، ١٣٧٥هـ-١٩٥٥م،، كتاب الجهاد والسير، باب الأمر بالتيسير، ١٥٧/٤، ابن أبي شيبة، أبو بكر عبد الله بن محمد بن أبي شيبة الكوفي العبسي، (ت٢٣٥هـ)، المصنف في الأحاديث والآثار، تقديم وضبط كمال يوسف الحوت، دار التاج، ط١، ١٤٠٩هـ-١٩٨٩م، كتاب الأدب، في الأخذ بالرخص، ٣١٨/٥، أبو عوانة، يعقوب بن إسحاق الإسفرائيني، (ت٣١٦هـ)، مسند أبي عوانة، دار المعرفة، بيروت، ط١، ١٤١٩هـ-١٩٩٨م، كتاب تحريم الخمر وتحريم المسكر، باب ذكر الخبر الدال على أن السكر من شراب العسل والشعير هو الذي يسكر عن الصلاة وأنه حرام،١٠١/٥، واللفظ للبخاري.

(٢) ابن عبد البر، أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد ، الاستيعاب في معرفة الأصحاب، تحقيق: علي محمد البجّاوي، ، دار الجيل، بيروت، ط١، ١٤١٢هـ-١٩٩٢م، ١٠٢٣/٣، ابن حجر العسقلاني، أبوالفضل أحمد بن علي (ت٨٥٢هـ)، الإصابة في تمييز الصحابة، تحقيق وضبط علي محمد البجّاوي، دار الجيل، بيروت، ط١، ١٤١٢هـ-١٩٩٢م، ١٤٩/٥-١٥٠، الخطيب البغدادي، أبو بكر بن علي ، (ت٤٦٣هـ)، تاريخ بغداد، دار الكتب العلمية-بيروت، ١٩٨/٤-١٩٩.

فتكون ولايته مشتملة على جميع ما يختص بنظر القضاة، وأما النظر الخاص: فهو أن يُقلد النظر في المداينات دون المناكح، أو في نصاب مقدر من المال ....، وأما الشرط الخامس وهو العقد الذي يصح به التقليد: فيشتمل على ثلاثة شروط، أحدها: مقدمة العقد: وهو أن يكون المولي عارفاً بتكامل شروط القضاء في المولى ليقع العقد صحيحاً بعد معرفته به.

والثاني: صفة العقد: فهو معتبر باللفظ مع الحضور، وبالمكاتبة مع الغيبة للضرورة.

والثالث: لزوم العقد: فهو معتبر في لزومه لأهل العمل، وليس بشرط في لزومه للمولي والمُولى؛ لأنه في حقهما من العقود الجائزة دون اللازمة؛ لأنها استنابة بالوكالة ولا يلزم في حق المستنيب والمُستناب، ويجوز للمولي أن يعزله إذا شاء" [(١)].

وإذا حدث أن قلد الإمام رجلاً القضاء ولم يقيده ببلد، فالمختار عند الحنفية أنه يصير قاضياً ببلده الذي هو فيه، لا في كل بلاد السلطان [(٢)].

ولكن لو قلد الإمام رجلاً قضاء بلدة، ولم ينص في عقد التولية على دخول السواد والقرى في ولاية القاضي، فهل يدخل السواد والقرى في ولايته؟

ذهب الحنفية إلى أن السلطان لو قلد رجلاً قضاء بلدة فلا يدخل فيه السواد والقرى ما لم يذكر السلطان ذلك في عقد التولية [(٣)].

وعند الشافعية إذا قلد الإمام رجلاً قضاء بلدة، لم يخل حال نواحيها وسوادها من ثلاثة أقسام: أحدها: أن ينص على دخوله في تقليده، فتصير ولايته مشتملة على البلدة، وجميع نواحيها، وأعمالها المنسوبة إليها.

القسم الثاني: أن ينص على خروجه من تقليده، فتكون ولايته مقصورة على البلدة دون أعمالها ونواحيها.

وهذان القسمان متفق عليهما عند جميع الفقهاء.

---

(١) الماوردي، أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، وهو شرح مختصر المزني، تحقيق: علي محمد معوض وعادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٤١٤هـ-١٩٩٤م، ج ١٦/٧-٢٣.

(٢) ابن نجيم، البحر الرائق، ٤٣٥/٦.

(٣) جامع الفصولين، ١٤/١، الأوزجندي، فخر الدين حسن بن منصور الفرغاني الحنفي، (ت٢٩٥هـ)، فتاوى قاضيخان على هامش الفتاوى الهندية، دار إحياء التراث العربي، ط٤، ١٤٠٦هـ-١٩٨٦م، ج ٣٦٣/٢.

القسم الثالث: أن يمسك الإمام عن ذكر نواحيها فيعتبر حال أعمالها، فإن كان العرف فيها جارياً بإفرادها عن قاضي البلدة لم تدخل في ولايته، وإن جرى العرف بإضافتها إلى قاضي البلدة دخلت في ولايته، فإن اختلف العرف في إفرادها وإضافتها، روعي أكثرها عرفاً، فإن استويا روعي أقربهما عرفاً [(١)].

وإذا قلّد الإمام رجلاً القضاء بمكان معين، فإنه ينظر فيه بين ساكنيه وبين الطارئين إليه؛ لأن الطارئ إليه يأخذ حُكم أهله، بدليل أن الدماء الواجبة لأهل مكة يجوز تفريقها في الطارئ إليها كأهلها [(٢)].

تولية قاضيين أو أكثر في بلد واحد:

إذا كان يجوز تخصيص القضاء بمكان معين، فهل يجوز أن يولي الإمام قاضيين، أو أكثر في بلد واحد؟

بداية اتفق الفقهاء على أنه إذا ولى الإمام قاضيين، أو أكثر في بلدة واحدة، وخصّ كل قاضٍ بناحية معينة من البلدة، أو خصه بنوع معين من الأحكام، أو خصه بزمان معين، فإن ذلك يجوز ولم أعلم من خالف في ذلك [(٣)].

أما إذا قلد الإمام قاضيين، أو أكثر في بلدة واحدة، ولكنه عمّ التقليد، ولم يخص أي قاضٍ بشيء معين، فقد اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

---

(١) الماوردي، أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي البصري الشافعي (ت٤٥٠هـ)، أدب القاضي، تحقيق: محيي هلال السرحان، مطبعة الإرشاد، بغداد، ١٣٩١هـ-١٩٧١م، ١٥٤/١-١٥٥، وانظر الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، ٣٨٠/٤، ابن حجر الهيتمي، تحفة المحتاج، ٣٥٢/٤.

(٢) البهوتي، كشاف القناع، ٣٦٩/٦، البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ٤٩٠/٣، الماوردي، أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي (ت٤٥٠هـ)، الأحكام السلطانية والولايات الدينية، ط٣، ١٢٩٢هـ-١٩٧٣م، ص٧٢.

(٣) ابن قاضي سماونة، جامع الفصولين، ١٤/١، الخرشي، محمد بن عبد الله بن علي الخرشي المالكي (ت١١٠١هـ)، حاشية الخرشي على مختصر خليل للإمام خليل بن إسحاق المالكي (ت٧٦٧هـ)، ضبطه وخرّج آياته وأحاديثه زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٤١٧هـ-١٩٩٧م، ١٤٤/٧، الحطاب، مواهب الجليل، ٩٨/٨، الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، ٣٧٩/٤، المحلّي، كنز الراغبين شرح منهاج الطالبين،٤٥٣/٤، ابن قدامة، أبو عبد الله بن أحمد بن محمد المقدسي، (ت٦٢٠هـ)، المغني، دار الفكر، بيروت، ط١، ١٤٠٥هـ، ١٣٥/١-١٣٦.

القول الأول: يجوز للإمام أن يقلد قاضيين، أو أكثر في بلدة واحدة، ولو كان التقليد عاماً، وقد ذهب إلى هذا القول الحنفية [١]، والمالكية في قول [٢]، والشافعية في قول وهو الأصح [٣]، والحنابلة في وجه وهو الأصح [٤].

ويحتاج الأمر في هذا المقام إلى تفصيل أكثر في أقوال الفقهاء: فعند الحنفية لو قلد السلطان رجلين قضاء ناحية على أن يجتمعا على الحكم فقضى أحدهما دون الآخر، لم يجز ذلك، قياساً على الوكالة، فلو وكل أحدٌ شخصين ببيع، فلا يجوز أن ينفرد أحد الوكيلين بالبيع دون الآخر، أما إذا قلدهما على أن ينفرد كل واحد منهما بالقضاء، فيجوز الإنفراد [٥].

ويفهم من هذا الرأي عند الحنفية جواز تولية قضاء بلدة واحدة لقاضيين، أو أكثر، وإن كانت التولية عامة.

وعند القائلين من المالكية، والشافعية بجواز التولية مع التعميم، فإنه يشترط لجواز هذه التولية أن لا يشترط الإمام اجتماعهما على الحكم، فإن اشترط في عقد التولية اجتماع القاضيين على الحكم، فلا تجوز هذه التولية، وعلة ذلك: ما يقع بينهما من الخلاف في محل الاجتهاد، فلا تنفصل الخصومات [٦].

ويؤخذ من هذا التعليل أن المنع بشرط الاجتماع على الحكم إنما محله المسائل غير المتفق عليها، وعليه فيجوز شرط الاجتماع على الحكم في المسائل المتفق عليها [٧].

---

(١) جامع الفصولين، ١٤/١.

(٢) حاشية الدسوقي، ١١/٦.

(٣) الشيرازي، أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروزأبادي (ت٤٧٦هـ)، المهذب في فقه الإمام الشافعي، ضبطه ووضع حواشيه زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٤١٦هـ-١٩٩٥م، ج٣/٣٧٩، الغزالي، أبو حامد محمد بن محمد الغزالي (ت٥٠٥هـ)، الوسيط في المذهب، تحقيق: أبي عمر الحسيني، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٤٢٢هـ-٢٠٠١م، ٢٩٧/٤.

(٤) البهوتي، كشاف القناع، ٣٧٠/٦-٣٧١.

(٥) ابن قاضي سماونة، جامع الفصولين، ١٤/١، الأوزجندي، فتاوى قاضيخان، ٣٦٣/٢.

(٦) ابن المواق، أبو عبد الله محمد بن يوسف (ت٨٩٧هـ)، التاج والإكليل لمختصر خليل مطبوع مع مواهب الجليل، ضبطه زكريا عميرات، دار عالم الكتب، طبعة جديدة خاصة، ١٤٢٣هـ-٢٠٠٣م، ج ٩٨/٨، حاشية الدسوقي، ١١/٦، النووي، روضة الطالبين، ١٠٤/٨، ابن حجر الهيتمي، تحفة المحتاج، ٣٥٢/٤، الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، ٣٨٠/٤.

(٧) الخطيب الشربيني، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، دار الفكر، بيروت، ١٤١٥هـ-١٩٩٥م، ٦١٥/٢، المحلي، كنز الراغبين، ٤٥٣/٤.

وأدلة القائلين بجواز تولية قاضيين أو أكثر في بلدة واحدة، حتى لو كانت التولية عامة، هي:

أ- إذا كان يجوز للقاضي أن يستخلف في البلدة التي هو فيها قاضياً، فيكون فيها قاضيان، فإنه يجوز أيضاً أن يكون فيها قاضيان أصليان يوليهما الإمام، فالإمام أولى؛ لأن توليته أقوى.

ب- ولأن تولية القضاء نيابة، فجاز جعلها لاثنين [١].

ج- القياس على الوكالة والوصاية، فيجوز توكيل اثنين، كما يجوز نصب وصيين، فكذلك القضاء يجوز جعله لاثنين [٢].

القول الثاني: لا يجوز للإمام أن يولي قاضيين أو أكثر في بلدة واحدة، إذا كانت التولية عامة، وقد ذهب إلى هذا القول المالكية في قول [٣]، والشافعية في قول [٤]، والحنابلة في وجه [٥].

وقد علل أصحاب هذا القول قولهم هذا بما يأتي:

أ- الخوف من تنازع الخصوم على القاضي الذي يحكم بينهم [٦].

ب- قياس تولية القضاء على الإمامة العظمى، فالإمامة العظمى لا يجوز توليتها لأكثر من واحد، وكذا تولية القضاء في بلدة واحدة مع التعميم، وعلى هذا إن ولاهما معاً بطلت ولايتهما، وإن ولاهما متعاقبين صحت تولية الأول دون الثاني [٧].

---

(١) البهوتي، كشاف القناع، ٣٧١/٦، ابن قدامة، المغني، ١٣٥/١٠-١٣٦.

(٢) النووي، أبو يحيى زكريا الأنصاري الشافعي (ت٩٢٦هـ)، أسنى المطالب شرح روضة الطالب، ضبطه وعلق عليه محمد محمد تامر، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤٢٢هـ-٢٠٠١م، ج ١٢٠/٩.

(٣) ابن المواق، التاج والإكليل، ٩٨/٨.

(٤) الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، ٣٨٠/٤.

(٥) ابن قدامة، المغني، ١٣٥/١٠-١٣٦.

(٦) ابن المواق، التاج والأكليل، ٩٨/٨، الغزالي، الوسيط، ٢٩٧/٤.

(٧) النووي، روضة الطالبين، ١٠٤/٨.

ترجيح الباحث:

يرى الباحث أن القول الراجح في هذه المسألة هو جواز تولية قاضيين، أو أكثر في بلدة واحدة، ولكن بشرط عدم اشتراط اجتماعهما على الحكم، وهذا ما قال به المالكية والشافعية في قول، فتجوز التولية وإن كانت عامة، وأما الخوف من تنازع الخصوم على القاضي الذي يحكم بينهم فإن من قال بهذه العلة نجده قد جعل العبرة للمدعي في اختيار القاضي في حالة التنازع على القاضي، والقول بهذا وإن كان مرجوحاً -كما سيمر لاحقاً- إلا أنه يقطع التنازع على اختيار القاضي، إذ يستطيع المدعي اختيار القاضي الذي يريد، كما يستطيع ولي الأمر أن يخصص لكل قاضٍ عدداً معيناً من الدعاوى ينظرها في اليوم الواحد، حتى إذا اكتمل نصاب القاضي من الدعاوى، كان النظر في الدعاوى الباقية من حق القاضي الآخر، وهذا ما تأخذ به التشريعات الحديثة، ومع ذلك لا يظهر نزاع بين الخصوم على اختيار القاضي.

وأما القياس على الإمامة العظمى فقياس مع الفارق، فالإمامة العظمى لا تقبل التخصيص، بينما يقبل القضاء ذلك، وحتى لو سلمنا بصحة القياس، فإن تولية إمامين يترتب عليه من المفاسد ما لا يترتب على تولية قاضيين في بلد واحد.

وأما تقييد التولية العامة بعدم اشتراط اجتماع القاضيين على الحكم، فهذا واضح من العلة التي ذكرها الفقهاء في ذلك، فإن الآراء تختلف والاجتهاد يتفاوت من شخص لآخر، فالعقول ليست سواء، الأمر الذي يؤدي إلى الاختلاف في الحكم، وربما يؤدي ذلك إلى أن يوافق أحد القاضيين على خكم يعتقد خلافه.

هذا وقد ذهب الشافعية إلى أنه لو أطلق الأمام نصب قاضيين، بأن لم يشرط استقلالهما، ولا اجتماعهما على الحكم، فإن النّصب يُحمل على إثبات الاستقلال، تنزيلا للمطلق على ما يجوز، ويفارق نظيره في الوصيين بأن تعيينهما بشرط اجتماعهما على التصرف جائز، فحمل المطلق عليه بخلاف القاضيين [١]، وهناك قول عند الشافعية بأن التولية في هذه الحالة باطلة حتى يصرح بالاستقلال [٢].

---

(١) ابن حجر الهيتمي، تحفة المحتاج، ٣٥٢/٤، الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، ٣٨٠/٤.

(٢) النووي، روضة الطالبين، ١٠٤/٨.

تنازع الخصوم في اختيار القاضي:

لو تنازع الخصمان في اختيار القاضي الذي سيحكم بينهما، فاختار المدعي قاضياً، واختار المدعى عليه قاضياً آخراً، فلِمَن تكون العبرة في اختيار القاضي؟ أهي للمدعي، أم للمدعى عليه؟

من خلال تتبعي لأقوال الفقهاء في هذه المسألة، وجدت أن الدقة تقتضي أن تعرض أقوال كل مذهب على حدة، ففقهاء المذاهب وإن اتفقوا في بعض تفصيلات هذه المسألة، إلا أن كل مذهب فصّل ما لم يفصله المذهب الآخر، وفيما يلي أذكر أقوال المذاهب في هذه المسألة:

أولا: الحنفية:

بداية لا خلاف بين فقهاء الحنفية في أنه إذا كان المتخاصمان في بلدة واحدة، وكان لهذه البلدة قاض واحد، فإنهما يختصمان إلى هذا القاضي [1]، وهذا مما لا يخالف فيه أحد من الفقهاء أجمعين.

أما إذا كان في البلدة الواحدة قاضيان، ولكن كل واحد منهما يختص بمحلة معينة من البلدة، ووقعت خصومة بين رجلين أحدهما من محلة، والثاني من محلة أخرى، والمدعي يريد التحاكم عند قاضي محلته، والمدعى عليه يأبى ذلك ويريد التخاصم عند قاضي محلته، فقد اختلف الحنفية فيمن يعتد برأيه وقوله من المتخاصمين، فذهب بعضهم إلى أن العبرة في اختيار القاضي تكون للمدعي، وإلى هذا الرأي ذهب الإمام أبو يوسف، وذهب آخرون منهم إلى أن العبرة تكون للمدعى عليه، وإلى هذا ذهب الإمام محمد [2].

تعليل قول أبي يوسف –رحمه الله–: علل أبو يوسف قوله بجعل العبرة للمدعي في الاختيار، بأن المدعي هو من إذا تَرك الخصومة تُرك، فهو المنشئ للخصومة، فيتخير، إن شاء أنشأ الخصومة عند قاضي محلته وإن شاء أنشأها عند قاضي محلة المدعى عليه.

وأما الإمام محمد –رحمه الله– فقد علل قوله بأن المدعى عليه دافع للخصومة، والدافع يطلب سلامة نفسه، والأصل براءة ذمة المدعى عليه، فأخذه إلى من يأباه لريبة ثبتت عنده،

---

(١) ابن قاضي سماونة، جامع الفصولين، ١٦/١.

(٢) الحصكفي، محمد بن علي بن محمد الحصني (ت١٠٨٨هـ)، الدّر المنقتى في شرح الملتقى على هامش مجمع الانهر لدامادأفندي، خرّج آياته وأحاديثه خليل عمران المنصور، دار الكتب العلمية، ط١، ١٤١٩هـ-١٩٩٨م، ٣٤٣/٣، ابن الشحنة، لسان الحكام، ص٩، الطرابلسي، أبو الحسن بن خليل الحنفي، معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، ط٢، ١٣٩٣هـ-١٩٧٣م، ص٢٢٢.

وتهمة وقعت له ربما يوقعه في إثبات ما لم يكن ثابتاً في ذمته بالنظر إليه، واعتبار المدعى عليه أولى؛ لأنه يريد الدفع عن نفسه، وخصمه يريد أن يوجب عليه الأخذ بالمطالبة، ومن طلب السلامة لنفسه أولى بالنظر ممن يطلب ضدها [١].

أما لو كان في البلدة قاضيان، وكل منهما مأمور بالقضاء على من حضر عنده -أي أن الولاية عامة لهما- فقد اختلف الحنفية أيضاً في هذه المسألة، فذهب معظمهم في هذه الحالة إلى أن العبرة في الاختيار تكون للمدعي، وهذا هو رأي أبي يوسف -كما مر-، وعللوا ذلك بعدم ظهور الفائدة في كون العبرة للمدعي، أو للمدعى عليه، والمدعي هو الذي له الخصومة فيطلبها عند أي قاضٍ أراد [٢].

ويلاحظ هنا أن كثيراً ممن أخذوا بقول الإمام محمد في الحالة السابقة قد أخذوا بقول الإمام أبي يوسف في هذه الحالة، فعندهم أن العبرة تكون للمدعى عليه في حالة كان كل قاضٍ مأموراً بالقضاء على أهل محلته، أما لو كان مأموراً بالقضاء على كل من حضر عنده، فقد أخذوا بقول أبي يوسف وجعلوا العبرة في الاختيار للمدعي، ولعل سبب تخليهم عن رأي الإمام محمد في هذه الحالة، هو ما ذكر الدكتور محمد نعيم ياسين، حيث رأى أن سبب ذلك هو الالتباس في فهم مذهب الإمام محمد، فهناك فهمان مختلفان لمذهبه، وهما:

الفهم الأول: أن العبرة في تعيين القاضي هي مكان المدعى عليه، وبناء على هذا الفهم، فإنه إذا وجد قاضيان في محلة واحدة، وكان اختصاص كل منهما يشمل جميع البلدة، فإنه ينعدم الفرق في هذه الحالة بين قول أبي يوسف وقول محمد؛ لأن قاضي المدعي هو بعينه قاضي المدعى عليه، وعلى هذا الفهم تكون العبرة للمدعي في اختيار القاضي.

الفهم الثاني: أن العبرة في تعيين القاضي هي اختيار المدعى عليه وإرادته، وبناء عليه فإن العبرة في اختيار القاضي تبقى دائماً للمدعى عليه، حتى لو وجد قاضيان في بلدة واحدة وكان اختصاص كل منهما يشمل البلدة كلها، وإلى هذا الفهم ذهب الدكتور محمد نعيم [٣].

وقد رجح هذا الفهم بعض الحنفية، وأنكروا قول من قال بأن العبرة للمدعي في هذه الحالة، وادعوا أن هذا أشبه بالهذيان، وقالوا ما دام أن تعليل محمد هو أن المدعى عليه دافع

---

(١) ابن عابدين، منحة الخالق على البحر الرائق، ٣٣٠/٧، ابن عابدين، قرة عيون الأخيار، ٥٣٨/١١.

(٢) منحة الخالق، ٣٣١/٧، قرة عيون الأخيار، ٥٣٩/١١.

(٣) ياسين، نظرية الدعوى، ص٢١٦-٢١٧.

للخصومة، فإن الحكم دائر مع العلة، وهذه العلة متوفرة أيضاً في حالة وجود قاضيين في بلدة واحدة وكان اختصاص كل منهما عاماً [١].

ثانياً: المالكية:

اتفق المالكية على أنه إذا كان المتداعيان من محل واحد، وتعدد فيه القاضي، فالقول في اختيار القاضي للمدعي، سواء كان المدعى به في هذا المحل أم لا [٢].

وهذا ما ذهب إليه معظم فقهاء الحنفية، واتفق المالكية أيضا على أنه إذا كان المتداعيان من بلدين، وكلاهما من ولاية قاض واحد، فالدعوى بمحل القاضي، سواء كان بلد المدعي، أو المدعى عليه، أو غيرهما، وسواء كان المدعى به بمحل أحدهما أم لا [٣].

واتفق المالكية أيضاً على أنه إذا كان المدعى به متعلقاً بالذمة كالدين، فالخصومة تكون في المكان الذي تعلق فيه المدعي بالمدعى عليه، سواء كان المدعى به موجوداً في ذلك المكان أم لا [٤].

وأما إذا كان المدعى عليه في بلدة، والمدعى به في بلدة أخرى، ولكل بلد قاض مختص، فقال ابن الماجشون: تكون الخصومة حيث المدعى به [٥].

أي أن القاضي المختص بنظر هذه الخصومة هو قاضي البلد الموجود فيها المدعى به، وقال بهذا من المالكية أيضاً سحنون، وابن كنانة [٦][٧].

---

(١) ابن عابدين، قرة عيون الأخيار، ٥٣٩/١١.

(٢) الدسوقي، حاشية الدسوقي، ٥٨/٦، ابن المواق، التاج والإكليل، ٩٨/٨.

(٣) الدسوقي، حاشية الدسوقي، ٥٨/٦.

(٤) الحطاب، مواهب الجليل، ١٥٥/٨، حاشية الدسوقي، ٥٩/٦، الصاوي، أحمد، بلغة السالك على الشرح الصغير للدردير، ضبطه وصححه محمد عبد السلام شاهين، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٤١٥هـ-١٩٩٥م ١٠٠/٤-١٠١.

(٥) ابن فرحون، تبصرة الحكام، ٩٩/١، حاشية الدسوقي، ٥٨/٦.

(٦) تبصرة الحكام، ٩٩/١٥، ابن المواق، التاج والإكليل، ١٥٤/٨.

(٧) ابن كنانة هو: عثمان بن عيسى بن كنانة، كان فقيهاً من فقهاء المدينة، أخذ عن مالك، وغلب عليه الرأي، وقعد مقعد مالك بعده، وليس له في الحديث ذكر، توفي سنة (١٨٥هـ). انظر:ابن عبد البر، أبو عمر يوسف النمري القرطبي، الانتقاء في فضائل الثلاثة الأئمة الفقهاء، مالك والشافعي وأبي حنيفة، دار الكتب العلمية، بيروت، ٥٥/١، الشيرازي، إبراهيم بن علي بن يوسف، أبو إسحاق، طبقات الفقهاء، دار القلم، بيروت، تحقيق، خليل عيسى، ١٥٢/١.

وخالف مطرف [١]، وأصبغ [٢] قول ابن الماجشون، وقالا: إنما تكون الخصومة حيث يكون المدعى عليه، ولا يُلتفت إلى المدعى به [٣].

ولكن عند أصبغ يستطيع المدعي أن يقيم الدعوى عند قاضي المكان الذي تعلق فيه بالمدعى عليه؛ لأن القاعدة عندهم أن كل من تعلق برجل في حق من الحقوق، فإنما يخاصمه في الموضع الذي تعلق فيه، سواء كان المدعى به في ذلك الموضع، أو لا [٤].

وهذا الخلاف بين المالكية يظهر فيما إذا كان المدعى عليه في بلد والمدعى به في بلد آخر، وكل من المدعي والمدعى عليه من ولاية قاضٍ غير الآخر.

وإذا كان كل من الخصمين طالباً، ومطلوباً، بمعنى أن كلاً منهما يطالب صاحبه، فلكل واحد منهما أن يطلب حقه عند من شاء من القضاة، ويطلب الآخر حقه عند من شاء، وإن اختلفا فيمن يبدأ بالطلب، وفيمن يذهبان إليه من القاضيين، أوجبت للسابق من رسل القاضيين، وإن لم يكن لأحدهما ترجيح بسبق الطلب على الآخر، ولا بغير ذلك أقرع بينهما [٥].

---

(١) مطرف هو: أبو مصعب مطرف بن عبد الله بن مطرف بن سليمان بن يسار الهلالي المدني، وهو ابن أخت مالك بن أنس وبه تفقه، ويقال إن مطرفاً لقب، وروى له الترمذي، وابن ماجه، وأخرج له البخاري في الصحيح، وكان به صمم توفي سنة ٢٢٠هـ. انظر: مخلوف، محمد بن محمد بن عمر بن قاسم (ت١٣٦٠هـ)، شجرة النور الزكية في طبقات المالكية، خرج حواشيه وعلق عليه عبد المجيد خيالي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٤٢٤هـ-٢٠٠٣م، ٨٦/١، عياض، عياض بن موسى بن عياض السبتي، (ت٥٤٤هـ)، ترتيب المدارك وتقريب المسالك لمعرفة أعلام مذهب مالك، والمطبعة الملكية، الرباط، ١٣٣/٣-١٣٥، المزي، جمال الدين أبي الحجاج يوسف ، (ت٧٤٢هـ)، تهذيب الكمال في أسماء الرجال، تحقيق بشار عواد معروف، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط١، ١٤١٣هـ-١٩٩٢م، ٧٠/٢٨.

(٢) أصبغ هو: أصبغ بن الفرج بن سعيد بن نافع مولى عبد العزيز بن مروان، قال ابن الماجشون: ما أخرجت مصر مثل إصبغ له تأليف منها: كتاب الأصول، وتفسير غريب الموطأ، كتاب آداب الصيام، توفي سنة ٢٢٥ه، انظر: الديباج المذهب لابن فرحون، ٩٧/١.

(٣) الدسوقي، حاشية الدسوقي، ٥٨/٦، الصاوي، بلغة السالك، ١٠٠/٤-١٠١.

(٤) ابن فرحون، تبصرة الحكام، ٩٩/١-١٠٠.

(٥) حاشية الدسوقي، ١٢/٦، ابن المواق، التاج والإكليل، ٩٨/٨.

قاضيه؛ لأن قاضيه لا يقدر أن يعديه [١] على خصمه لخروجه عن نظره، مدعياً كان أو مدعى عليه.

فإن أراد المدعي أن يستعدي قاضي المدعى عليه على خصمه، وجب على القاضي أن يعديه ويحكم بينهما في محلة المدعى عليه لحصولها في عمله، أي لأن الخصومة ستكون في مكان ولايته [٢].

ويتضح من هذا الرأي الوجيه عند الشافعية أنهم دقيقون جداً في مسألة اختصاص القاضي، فما دام كل قاضٍ مختصاً بمكان معين فلا يستطيع أن ينظر في دعوى على شخص خارج حدود ولايته واختصاصه إلا برضى هذا الشخص، وهذا ما أخذت به التشريعات الحديثة، فالاتفاق بين المتداعيين يجيز إقامة الدعوى عند المحكمة التي اتفقوا عليها، ولو كانت هذه المحكمة غير مختصة في الأصل.

وتتجلى الدقة عند الشافعية فيما لو حصل أن أحد القاضيين كان موجوداً في محلة القاضي الآخر، فليس لهذا القاضي أن يحكم في هذه المحلة بين من تنازع إليه حتى ولو كان أحد المتنازعين من أهل محلته، وإن نظر في دعوى، وحكم، فحكمه باطل، ولا ينفذ [٣].

رابعاً: الحنابلة:

ذهب الحنابلة إلى أنه إذا ولّى الإمام قاضيين في بلد عملاً واحداً، واختلف الخصمان فيمن يختصمان إليه، فالقول للمدعي في اختيار القاضي، فإن تساوى الخصمان في الدعوى كما لو اختلفا في ثمن مبيع باق، اعتبر أقرب القاضيين إليهما، إذ لا حاجة للتكليف للأبعد منهما، فإن استوى القاضيان في القرب أقرع بينهما، لعدم الترجيح بدون قرعة [٤].

---

(١) يعديه: أي ينصره ويعينه، يقال: أعداه عليه: نصره وأعانه عليه، واستعداه: استعانه واستنصره، واستعدى عليه السلطان: أي استعان به فانصفه منه. انظر: ابن منظور، لسان العرب، مادة: عدا، ٩٧/٩. إبراهيم مصطفى، المعجم الوسيط، ٥٨٩/١.

(٢) الماوردي، أدب القاضي، ١٥٦/١-١٥٧.

(٣) أنظر أدب القاضي للماوردي، ١٥٧/١.

(٤) كشاف القناع، ٣٧١/٦، ابن رجب، عبد الرحمن بن أحمد (ت٧٩٥هـ)، تقريرات القواعد وتحرير الفوائد، ضبطه وعلق عليه أبو عبيدة، مشهور بن حسن، دار ابن عفان، القاهرة، ط٢، ١٤١٩هـ-١٩٩٩م، ٢٥٠/٣، المرداوي، أبو الحسن علي بن سليمان السعدي (ت٨٨٥هـ)، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق أبي عبد الله محمد حسن الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٤١٨هـ-١٩٩٧م، ١٦٠/١١-١٦١.

وقيل يمنعان من التخاصم حتى يتفقا على أحد القاضيين [١]، والقول بمنع المتداعيين من التخاصم حتى يتفقا على القاضي خاص بما إذا كان المتداعيان متساويين في الادعاء وقرب القاضيين إليهما.

المطلب الثاني: الاختصاص النوعي (الوظيفي):

يقصد بهذا النوع من الاختصاص: أن يقيد الإمام القاضي بنظر نوع معين من القضايا، وذلك على أساس نوعها، بحيث تقتصر وظيفة القاضي على النظر في النوع الذي خصص له، وقد أقر الفقهاء المسلمون هذا النوع من الاختصاص، فجعلوا للإمام تخصيص القاضي بنظر نوع معين من الخصومات، كأن يختص القاضي بنظر خصومات المداينات، أو الأنكحة، أو المواريث، أو المعاملات، وقد مارس هذا التخصيص سيدنا عمر بن الخطاب – رضي الله عنه–، فقد روي عنه أنه كتب إلى أمراء الأجناد "أن لا تقتل نفس دوني" [٢].

وروي عن ابن عمر أن جارية لحفصة سحرتها، ووجدوا سحرها، فاعترفت به، فأمرت عبد الرحمن بن زيد فقتلها، فبلغ ذلك عثمان –رضي الله عنه–، فأنكره واشتد عليه، فأتاه ابن عمر فأخبره أنها سحرتها، واعترفت به، ووجدوا سحرها، فكأن عثمان إنما أنكر ذلك لأنها قتلت بغير إذنه [٣].

وكما يجوز للإمام أن يقيد القاضي بنظر نوع معين من القضايا، فإنه يجوز له أن يستثني على القاضي نظر بعض الخصومات.

جاء في جامع الفصولين:" ويجوز استثناء بعض الخصومات، أو سماع خصومة رجل بعينه ولا يصير قاضياً في المستثنى" [٤].

وفي حاشية الخرشي:"يجوز للإمام أن ينصب في مملكته قاضيين فأكثر، كل منهما أو منهم يحكم بنوع من أنواع الفقه كقاضي الأنكحة وما يتعلق بها، وقاضي الشرطة، وقاضي

---

(١) ابن رجب، تقريرات القواعد، ٢٥٠/٣.

(٢) ابن أبي شيبة، المصنف ، كتاب الديات، الدم يقضي فيه ولي الأمر، ٤٥٣/٥.

(٣) ابن أبي شيبة، المصنف ، كتاب الديات، الدم يقضي فيه ولي الأمر، ٤٥٣/٥.

(٤) ابن قاضي سماونة، جامع الفصولين، ١٤/١.

المياه، وهذا بناء على أن ولاية القضاء تنعقد عامة وخاصة، ولذا يجوز للخليفة أن يستثني على القاضي أن لا يحكم في قضية بعينها، أو لا يحكم بين فلان وفلان" [(١)].

وفي الحاوي:"فأما النظر الخاص: فهو أن يقلد النظر في المداينات دون المناكح .. وإذا قلد النظر في المناكح جاز أن يحكم بجميع ما تعلق بها من صداق، وفرض نفقة، وسكنى وكسوة، ويزوج الأيامى، ولا يحكم فيما بين الزوجين من المداينات، ويجوز أن يحكم بأجرة الرضاع، ولا يحكم بنفقة الأولاد، ويحكم بنفقة خادم الزوجة، ولا يحكم بنفقة خادم الزوج" [(٢)].

وفي الفتاوى الكبرى:"ولاية القضاء يجوز تبعيضها، ولا يجب أن يكون عالماً بما في ولايته، فإن منصب الاجتهاد ينقسم، حتى لو ولاه في المواريث لم يجب أن يعرف إلا الوصايا والمواريث وما يتعلق بذلك، ولو ولاه عقد الأنكحة لم يجب أن يعرف إلا ذلك" [(٣)].

المطلب الثالث: الاختصاص القيمي:

ويقصد بهذا النوع من الاختصاص، تقييد القاضي بنظر قضايا لا تزيد قيمة المطلوب فيها عن مقدار معين، وهذا المقدار يحدده له الإمام في عقد التولية.

وقد عرف فقهنا الإسلامي هذا النوع من الاختصاص، وورد في ذلك الروايات عن سيدنا عمر بن الخطاب -رضي الله عنه- ومن ذلك ما رواه السائب بن يزيد عن أبيه أن عمر رضي الله عنه قال:"اكفني صغار الأمور، فكان يقضي في الدرهم ونحوه" [(٤)].

---

(١) الخرشي، حاشية الخرشي على مختصر خليل، ١٤٤/٧، وانظر حاشية الدسوقي، ١١/٦، مواهب الجليل، ٩٨/٨.

(٢) الماوردي، الحاوي، ٢٠/١٦، وانظر، الشربيني، مغني المحتاج، ٣٧٩/٤، ابن حجر الهيتمي، تحفة المحتاج، ٣٥٢/٤، الماوردي، أدب القاضي، ١٧٢/١.

(٣) ابن تيمية، أبو العباس تقي الدين أحمد بن عبد الحليم، الفتاوى الكبرى، دار المعرفة، بيروت، قدم له حسنين مخلوف، ٦٢٧/٤، وانظر: المغني لابن قدامة، ١٣٥/١٠، كشاف القناع، ٣٦٩/٦-٣٧٠، أبو يعلى الفراء، محمد بن الحسن الحنبلي، الأحكام السلطانية، صححه وعلق عليه محمد حامد الفقي، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر، ١٣٥٧هـ، ص٥٢.

(٤) وكيع، محمد بن خلف بن حيان ، ت(٣٠٦هـ)، أخبار القضاة، عالم الكتب، بدون طبعة، ١٠٦/١، النميري البصري، أبو زيد عمر بن شبة ، تاريخ المدينة المنورة- أخبار المدينة النبوية-، علق عليه وخرج أحاديثه علي محمد دندل وياسين سعد الدين، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١٤١٧-١٩٩٦، ٣٦٨/١.

وجاء في الأحكام السلطانية:"قال أبو عبد الله الزبيري: لم يزل الأمراء عندنا بالبصرة برهة من الدهر يستقضون على المسجد الجامع قاضياً يسمونه قاضي المسجد، يحكم في مائتي درهم فما دونها، ويفرض النفقات، ولا يتعدى موضعه، ولا ما قدر له" (١).

المطلب الرابع: الاختصاص الزماني:

ويقصد بهذا النوع من الاختصاص أحد أمرين:

الأمر الأول: جعل عمل القاضي مقصوراً على أيام معينة من الأسبوع، كأن يوليه القضاء على أن يحكم في السبت، أو الأحد.

جاء في البحر الرائق:"يصح تقييد القضاء بزمان، ومكان .. ولو كان مولى في كل اسبوع يومين، فقضى في غير اليومين توقف قضاؤه" (٢).

وفي الذخيرة للقرافي:"قال الشافعية: تجوز الولاية على شخص معين، فيحكم بينهما كلما تشاجرا، أو يوما في جميع الدعاوى، وتزول ولايته بغروب الشمس، أو في كل يوم سبت، فإذا خرج يوم السبت لم تبطل ولايته، وقواعدنا تقتضي جميع ذلك" (٣).

وفي روضة الطالبين:"يجوز تعميم التولية وتخصيصها، إما في الأشخاص، وإما في الحوادث .. وإما في الأزمنة يوليه سنة أو يوماً بعينه، أو يوما من كل أسبوع" (٤).

وإذا قلد الإمام رجلاً القضاء على أن ينظر في يوم معين كالسبت مثلا لم يخل هذا التقليد من ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يقلده النظر في كل سبت، فيكون القاضي على ولايته بعد انقضاء السبت، وإن لم يكن له أن ينظر في غيره لبقاء نظره على أمثاله.

---

(١) الماوردي، الأحكام السلطانية، ٧٢/١، وانظر: الماوردي، الحاوي، ٢٠/١٦.

(٢) ابن نجيم، البحر الرائق، ٤٣٥/٦، وانظر الطرابلسي، معين الحكام، ص١٣، ابن قاضي سماونة، جامع الفصولين، ١٤/١.

(٣) القرافي، أبو العباس أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المصري،(ت٦٨٤هـ)، الذخيرة في فروع المالكية، تحقيق وتعليق أبي إسحاق أحمد عبد الرحمن، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٤٢٢هـ-٢٠٠١م، ٢٩/٨.

(٤) النووي، روضة الطالبين، ١٠٧/٨، وانظر المحلي، كنز الراغبين، ، ٤٥٣/٤، ابن حجر الهيتمي، تحفة المحتاج، ٣٥٢/٤، الشربيني، مغني المحتاج، ٣٧٩/٤.

الحال الثانية: أن يقلده النظر في سبت واحد، فينعزل بعد غروب شمس السبت، ولا يجوز له أن ينظر في أمثاله، وليس له أن يجمع في نظر السبت بين الليل والنهار، لاختصاص اليوم بالنهار دون الليل.

الحال الثالثة: أن يطلق تقييده في يوم السبت، فيقول له: قلدتك النظر يوم السبت، فيحمل التقييد على الخصوص دون العموم، وليس له النظر إلا في سبت واحد، وهو أول سبت بعد التقليد، فإذا نظر فيه انعزل بغروب شمسه، ولو لم ينظر فيه لم يجز أن ينظر في غيره [١].

الأمر الثاني: ويقصد بتخصيص القضاء بالزمان تأقيت مدة القضاء بأن يجعله قاضياً لمدة يوم، أو أسبوع، أو شهر، أو سنة.

جاء في جامع الفصولين:"يجوز تأقيت القضاء بزمان، بأن قال: أنت قاضي هذا البلد هذا الشهر، أو هذا اليوم، ويصير قاضياً بقدره"[٢].

وقد ذهب الإمام أبو حنيفة -رحمه الله- إلى أنه ينبغي أن لا يترك القاضي على القضاء سنة، لأنه متى اشتغل بالقضاء نسي العلم، وبالتالي وقع الخلل في أحكامه التي يصدرها، ولذلك يجوز للإمام أن يعزل القاضي بريبة وبغير ريبة، ويقول الإمام للقاضي: ما عزلتك لفساد فيك، ولكن أخشى أن تنسى العلم، فادرس العلم، ثم عد إلينا حتى نقلدك ثانياً [٣].

هذا وقد ذهب ابن كج [٤] من الشافعية إلى بطلان تولية القضاء في حالة التأقيت قياساً على الإمامة، فالإمامة لا يجوز تأقيتها، وكذا ولاية القضاء، أما من أجاز التأقيت فقد قاسها على الوكالة، ولو كانت كالإمامة العظمى لما جاز باقي التخصيصات [٥].

---

(١) الماوردي، أدب القاضي، ١/١٦٤-١٦٥.

(٢) ابن قاضي سماونة، جامع الفصولين، ١/١٤، وانظر الأوزجندي، فتاوى قاضيخان، ٢/٣٦٣، القرافي ، الذخيرة، ٨/٢٩، النووي، روضة الطالبين، ٨/١٠٧.

(٣) ابن الشحنة، لسان الحكام، ص٤.

(٤) ابن كج هو: أبو القاسم يوسف بن أحمد بن يوسف بن كج الكجي الدينوري، أحد أئمة الشافعية، وله في المذهب وجوه غريبة، ولي القضاء بالدينور، وهي بلد حسنويه، توفي سنة ٤٠٥هـ، انظر: ابن كثير، أبو الفدا إسماعيل بن عمر القرشي، البداية والنهاية، مكتبة المعارف، بيروت، ١٤٠٨هـ-١٩٨٨م، ١١/٣٥٥.

(٥) النووي، روضة الطالبين، ٨/١٠٧.

المطلب الخامس: الاختصاص الشخصي:

ويقصد بهذا النوع من الاختصاص أن تكون ولاية القاضي مقصورة على أشخاص معينين، أو على فئة من الناس من سكان بلدة ما، بحيث لا يجوز للقاضي أن يحكم على غير ما خصص له من الأشخاص.

هذا وقد عرف فقهنا الإسلامي هذا النوع من الاختصاص، جاء في لسان الحكام:"لا ولاية لقاضي العسكر على غير الجندي" (١).

وقد ذهب الفقهاء إلى جواز أن تكون ولاية القاضي مقصورة على النظر بين خصمين معينين، فيختص بالنظر بينهما، ولا ينظر بين غيرهما، ولهذه الحالة كما جاء في الحاوي ثلاثة أحوال:

"إحداها: أن يقلد الإمام القاضي النظر بينهما في كل نزاع يحدث منهما، فيكون بعد الحكم بينهما باقي الولاية على ما يتجدد من تنازعهما.

والحال الثانية: أن يقلده النظر على المنازعة التي حصلت بينهما في الوقت، فإذا فصل الحكم بينهما انعزل القاضي، ولم يكن له أن يحكم بينهما فيما يتجدد من تنازعهما.

والحال الثالثة: أن يكون تقليده مطلقاً، فيقول له: قلدتك النظر بين هذين الخصمين، فيحمل على العموم دون الخصوص، ويحكم بينهما في كل ما يتجدد من نزاعهما" (٢).

والأصل في جواز هذا النوع من الاختصاص ما ورد عن النبي ﷺ من روايات تدل صراحة على جواز ذلك، ومن هذه الروايات:

أ- ما رواه ابن ماجه في سننه: أن قوماً اختصموا إلى النبي ﷺ في خُصٍّ (٣)، فبعث حذيفة يقضي بينهم، فقضى للذين يليهم القِمطُ (٤)، فلما رجع إلى النبي ﷺ أخبره، فقال عليه الصلاة والسلام: أصبت وأحسنت" (٥).

---

(١) ابن الشحنة، لسان الحكام، ص٩، وانظر: قرة عيون الأخيار، ٥٣٩/١١، القرافي، الذخيرة، ٢٩/٨، الشربيني، مغني المحتاج، ٣٧٩/٤.

(٢) الماوردي، أدب القاضي، ١٦٣/١، وانظر: قرة عيون الأخيار، ٥٣٩/١١، القرافي، الذخيرة، ٢٩/٨، الشربيني، مغني المحتاج، ٣٧٩/٤.

(٣) الخص: بيت من شجر أو قصب، ابن منظور، انظر: لسان العرب، ٤١١/٤.

(٤) القمط: ما تشد به الأخصاص، ومنه معاقد القمط، أي أنه قضى للذين تليهم المعاقد دون من لا تليهم معاقد القمط، ابن منظور، لسان العرب، ٣٠٣/١١-٣٠٤.

(٥) ابن ماجة، أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني، سنن ابن ماجه، تحقيق وتعليق: محمد فواد عبد الباقي، دار الفكر، ٧٨٥/٢.

ب- وعن عقبة بن عامر قال: جاء خصمان إلى رسول الله ﷺ يختصمان، فقال لي: قم يا عقبة اقض بينهما، قلت يا رسول الله: أنت أولى بذلك مني، قال: وإن كان، اقض بينهما، فإن اجتهدت فأصبت فلك عشرة أجور، وإن اجتهدت فأخطأت فلك أجر واحد" [(١)].

ج- وعن مَعْقل المزني قال: أمرني النبي ﷺ أن أقضي بين قوم، فقلت: ما أُحْسِنُ أن أقضي يا رسول الله، قال: الله مع القاضي ما لم يَحِفْ عمداً [(٢)].

وجه الدلالة من هذه الأحاديث:

تدل هذه الأحاديث الشريفة على جواز تخصيص ولاية القضاء بأشخاص معينين، بحيث لا يجوز للقاضي أن يحكم على غير ما خصص له من الأشخاص.

التخصيص بنظر مرحلة من مراحل الدعوى:

ويقصد بهذا النوع من الاختصاص تقييد القاضي بنظر مرحلة من مراحل الدعوى، كأن يقيد القاضي بسماع الدعوى، أو بسماع البينة فقط، أو أن يحكم القاضي بالبينة دون الإقرار، أو بالإقرار دون البينة.

---

(١) الدارقطني، علي بن محمد ، سنن الدارقطني، تحقيق: عبد الله هاشم يماني المدني، دار المحاسن، ١٣٨٦هـ-١٩٦٦م، كتاب في الأقضية والأحكام وغير ذلك، ٢٠٣/٤، الروياني، أبو بكر محمد بن هارون ، (ت٣٥٧هـ)، مسند الروياني، ضبطه وعلق عليه أيمن علي أبو يماني، مؤسسة قرطبة، ط١، ١٤١٦هـ-١٩٩٥م، ٢٠٠/١-٢٠١.

(٢) الطبراني، أبو القاسم سليمان بن أحمد (ت٣٦٠هـ)، تحقيق وتخريج حمدي عبد المجيد السلفي، مطبعة الزهراء الحديثة، ط٢، ١٤٠٥هـ-١٩٨٥م، ٢٣٠/٢٠، ابن حنبل، أحمد ، مسند الإمام أحمد بن حنبل (ت٢٤١هـ)، تحقيق وتخريج شعيب الأرنؤوط، وعادل مرشد، مؤسسة الرسالة، ط١، ١٤٢٠هـ-١٩٩٩م، ٤٢٠/٣٣، وقد قال الأرنؤوط: إسناده ضعيف جداً، فيه نفيع بن الحارث وهو أبو داود الأعمى، متروك الحديث وقد كذبه ابن معين.

جاء في روضة القضاة:"تقييد القاضي بسماع الأدلة والبينات، ...، وإن كان الخليفة قد أمر أن يسمع من الخصوم ويثبتوا عنده البينة، والإقرار، ولا يقطع حكماً، فذلك على ما جعله لا يتجاوزه، ثم يرفعه إلى القاضي فيكون هو الحاكم بما يصح عنده من ذلك" [١].

وفي روضة الطالبين:"ويجوز تعميم الولاية وتخصيصها، إما بالأشخاص، ...، وإما في طرف الحكم بأن يوليه القضاء بالإقرار دون البينة أو عكسه" [٢].

بعد هذا العرض المفصل لأقوال الفقهاء في جواز تخصيص ولاية القضاء بالمكان أو بالزمان، أو بالأشخاص، أو بالنوع، أو بالقيمة، أو بطرف من الحكم، فإنه يتبين أن القضاة ملزمون بالتقيّد فيما خُصص لهم النظر فيه، وبناء على ذلك فقد نص الفقهاء على بطلان الحكم الذي يصدره القاضي بناءً على دعوى نظرها خارج حدود ولايته، فهذا الحكم لا يُعتد به، ولا ينفذ، ويستطيع المحكوم عليه أن يدفع ببطلان هذا الحكم، أيا كان نوع الاختصاص الذي تمّت مخالفته، وقد جاءت نصوص الفقهاء واضحة الدلالة على ذلك.

جاء في جامع الفصولين:"ويجوز استثناء بعض الخصومات، أو سماع خصومة رجل معين، ولا يصير قاضياً في المستثنى" فهذا النص يدل بوضوح على أن القاضي ليس له ولاية القضاء فيما استثني عليه النظر فيه، وبالتالي لو نظر وحكم فيما استثنى عليه لم يُعتد بحكمه؛ لأنه صدر عن غير قاضٍ، إذ هو قاضٍ فيما خصص له فقط

وفي الفروق:" صحة التصرف إنما يستفاد من عقد الولاية، وعقد الولاية إنما يتناول منصباً معيناً، وبلداً معيناً، فكان معزولاً عما عداه، لا ينفذ فيه حكمه" [٣].

وفي أدب القضاء:"تعدد القضاة في البلد الواحد جائز إن عين لكل واحد منهما عملاً مستقلاً من البلد منفرداً به، ...، فيختص كل واحد بالموضع الذي فوّض إليه، فمتى خرج إلى محلة فوضت إلى غيره، لم ينفذ حُكمه فيها" [٤].

---

(١) السمناني، أبو القاسم علي بن محمد بن أحمد الرحبي (ت٤٩٩هـ)، روضة القضاة وطريق النجاة، تحقيق وتقديم صلاح الدين الناهي، مؤسسة الرسالة، بيروت، دار الفرقان، عمان، ط٢، ١٤٠٤هـ-١٩٨٤م، ١٤٥/١.

(٢) روضة الطالبين، ١٠٧/٨، وانظر أدب القاضي للماوردي، ١٧٣/١، والأحكام السلطانية، لأبي يعلى الفراء، ص٥٢.

(٣) القرافي، الفروق، ٩٧/٤، فرق ٢٢٣.

(٤) ابن أبي الدم، أدب القضاء، ص٥٤-٥٥.

وفي المهذب:"ولا يجوز أن يقضي، ولا يولي ولا يسمع بينة، ولا يكاتب قاضياً في حكم في غير عمله، فإن فعل شيئاً من ذلك في غير عمله لم يعتد به؛ لأنه لا ولاية له في غير عمله، فكان حكمه فيما ذكرنا حُكم الرعية" (١).

فهذا النص يصرح أن القاضي في غير ما خصص له لا يعدّ قاضيا، بل واحداً من الرعية، ليس له ولاية القضاء في شيء، وإن حكم، فلا يُعتد بحكمه، وحكمه باطل معدوم.

وفي الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع:"ولا يقبل قول متول في غير محل ولايته، ولا معزول حكمت بكذا، ولا بشهادة كل منهما بحكمه" (٢).

وفي كشاف القناع:"ولا يحكم القاضي في غير محلته، ولا يسمع بينة في غير عمله والمراد هنا محل حكمه الذي وُلّي الحكم فيه، ... فإن فعل ... أي حكم، أو ولى، أو سمع بينة في غير عمله لغى ذلك؛ لأنه لم يصادف ولاية، وتجب إعادة الشهادة كتعديلها في محل الحكم لأنه موضع نفوذ حكمه" (٣).

يدل هذا النص على دقة الفقهاء المسلمين، فلو حكم القاضي في غير ما خصص له فإن الحكم ملغي، بل حتى إن سمع الشهادة فقط دون أن يصدر حكما، فإن الشهادة تعاد، ولا يكتفى بذلك بل يعاد تعديل الشهود في الموضع المخصص لها.

يُستنتج من هذه النصوص وغيرها مما ذكر في كتب الفقهاء أن هناك مجالاً للدفع بعدم الاختصاص في الفقه الإسلامي، وهذا الدفع يعتبر دفعاً شكليا؛ لأنه يتناول إجراءات الدعوى من حيث رفعها إلى القاضي المختص، وتتنوع هذه الدفوع بتنوع الاختصاص، وعليه يمكن القول أن الدفع بعدم الاختصاص في الفقه الإسلامي ينقسم إلى الدفوع الآتية:

أ-الدفع بعدم الاختصاص المكاني (المحلي):

مر سابقاً في مسألة الاختصاص المكاني أن هناك من الفقهاء من قال بأن العبرة في اختيار القاضي تكون للمدعي، وهناك فريق من الفقهاء من جعل العبرة للمدعى عليه، سواء كانت لإرادته، أو لمكانه، ومن الفقهاء من جعل العبرة بمكان المدعى به، وذلك في حالة كونه غير متعلق بالذمة.

---

(١) الشيرازي، المهذب، ٣/٣٨٠.

(٢) الخطيب الشربيني، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، ٢/٦١٦.

(٣) البهوتي، كشاف القناع، ٦/٣٦٨.

وبناء على هذين القولين الأخيرين يستطيع المدعى عليه أن يدفع بعدم الاختصاص المكاني في حالة قيام المدعي برفع الدعوى عند قاضي محلته، أو عند القاضي الذي يختاره إذا كان هو والمدعى عليه في بلدة واحدة، وكان لهذه البلدة قاضيان، كما يستطع المدعى عليه أن يدفع بعدم الاختصاص المكاني فيما لو أقام المدعي الدعوى لدى قاضٍ لا يوجد في محلته المدعى به، وهذا عند القائلين بأن العبرة هي بمكان المدعى به.

وأرى أنه لا يجوز إبداء هذا الدفع إلا من المدعى عليه، فهو وحده الذي له الحق في إبدائه، وليس للقاضي الحق في إبدائه؛ كما يمتنع على الدعي ابداء هذا الدفع؛ لأنه إن لم يتعرض له دلّ ذلك على رضاه بالقاضي الذي سيحكم بينهما، كما ينبغي لقبول هذا الدفع من المدعى عليه أن يبديه قبل التكلم في الموضوع؛ لأنه متى تكلم في الموضوع دلّ ذلك أيضاً على رضاه بهذا القاضي، فضلاً عن أنه لا يجوز أن تبقى الخصومة تحت تهديد الدفع بعدم الاختصاص المكاني بعد أن تكون قد قطعت شوطاً كبيراً.

ب-الدفع بعدم الاختصاص القيمي:

يقصد بهذا الدفع منع القاضي من النظر في الدعوى لعدم دخولها في ولايته من حيث قيمة المطلوب فيها، فقد مر أن للإمام تقييد القاضي بنظر دعاوى لا تزيد قيمتها عن مقدار معين، فإذا نظر في دعاوى لا تدخل في اختصاصه من حيث القيمة، كان للمدعى عليه أن يدفع بعدم اختصاص هذا القاضي، ولو أصدر القاضي حكماً، كان أيضاً للمدعى عليه الدفع بعدم الاختصاص القيمي، وبالتالي بطلان الحكم الصادر.

وأرى أن هذا النوع من الدفوع يتعلق بالنظام العام، فيستطع القاضي أن يمتنع عن نظر دعوى لا تدخل في ولايته من حيث القيمة، وإذا نظرها القاضي وأصدر فيها حكماً كان للإمام أن يلغي الحكم، كما يستطيع المدعى عليه أن يدفع بعدم الاختصاص القيمي وفي أي وقت شاء، ويستطيع أيضاً المدعي الدفع بعدم الاختصاص القيمي.

ج-الدفع بعدم الاختصاص النوعي (الوظيفي):

بداية أود الإشارة إلى أن الفقهاء قد جعلوا تخصيص القاضي بنوع معين كتخصيصه بوظيفة معينة، فالنوع والوظيفة في الفقه الإسلامي يراد بهما شيء واحد بالنسبة لتخصيص القاضي، فالقاضي يختص بنوع معين من القضايا، ويقال أيضاً تقتصر وظيفته على رؤية نوع معين من القضايا.

ويقصد بهذا الدفع منع القاضي من النظر في الدعوى لعدم دخولها في ولايته من حيث نوع الدعاوى المقيد بالنظر فيها، فلو قيده الإمام بنظر دعاوى المداينات، وحاول النظر في دعوى نكاح كان للمدعى عليه أن يدفع بعدم اختصاصه، لعدم دخول هذه الدعوى في ولايته، كما يستطع المدعي أن يدفع بعدم الاختصاص النوعي، ويستطيع القاضي أيضاً إبداء هذا الدفع.

د-الدفع بعدم الاختصاص الزماني:

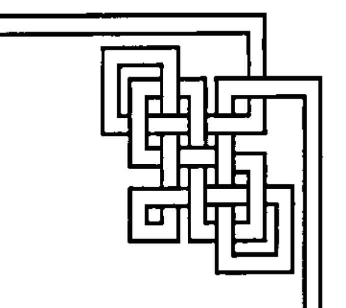
مر سابقاً أنه يقصد بالاختصاص الزماني أمران: أن يخصص للقاضي يوم معين في الأسبوع للنظر في الدعاوى، وهو في غير اليوم المخصص له لا يعتبر قاضياً، وليس له النظر في الدعاوى.

كما يقصد بالاختصاص الزماني تأقيت مدة القضاء بيوم، أو شهر، أو سنة بحيث إذا انقضت المدة انعزل القاضي، وليس له النظر فيما يحصل من منازعات.

وبناء على هذا فيقصد بالدفع بعدم الاختصاص الزماني منع القاضي من النظر في الدعاوى التي تخرج عن حدود ولايته من حيث الزمن، إما لعدم الموافقة لليوم المخصص له بالنظر في الدعاوى، وإما لانتهاء مدة ولايته، ويستطيع كل من المتداعيين، والقاضي إثارة هذا النوع من الدفوع، وفي أي وقت حتى لو بعد صدور الحكم.

هـ-الدفع بعدم الاختصاص الشخصي:

ويقصد بهذا الدفع منع القاضي من النظر في الدعاوى لخروجها عن ولايته من حيث الأشخاص المأمور بالنظر في منازعاتهم، فإذا قيّد القاضي بنظر دعاوى أشخاص معينين لم يكن له النظر في دعاوى أشخاص غيرهم، وإذا فعل ذلك، كان للمتداعيين أن يدفعا بعدم الاختصاص الشخصي، وللقاضي أيضاً إثارة هذا الدفع، ويقبل هذا النوع من الدفوع في أي وقت كانت عليه الخصومة، حتى ولو بعد صدور الحكم؛ لأن الحكم في هذه الحالة يكون صادراً عن غير قاضٍ، كما نص الفقهاء على ذلك.



الفصل الرابع

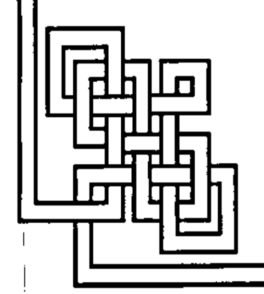
الدفع بالإحالة

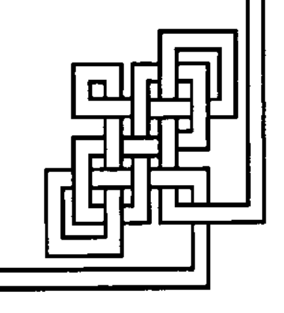
المبحث الأول: الدفع بالإحالة في القانون.

المطلب الأول: الدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمتين.

المطلب الثاني: الدفع بالإحالة للإرتباط.

المبحث الثاني: الدفع بالإحالة في الفقه الإسلامي.





المبحث الأول

الدفع بالإحالة في القانون

الدفع بالإحالة:

تعريفه: الدفع بالإحالة هو: الدفع الذي يرمي إلى منع المحكمة من الفصل في الدعوى المطروحة أمامها، وإحالتها إلى محكمة أخرى، إما لقيام ذات النزاع أمام محكمة أخرى، أو لقيام دعوى أخرى مرتبطة بها أمام محكمة أخرى [١].

ويتضح من هذا التعريف أن هناك سببين للدفع بالإحالة، هما:

السبب الأول: قيام ذات النزاع أمام محكمتين في آن واحد.

السبب الثاني: وجود ارتباط بين دعويين معروضتين أمام محكمتين.

وبناء على ذلك يقسم الدفع بالإحالة إلى قسمين، هما:

القسم الأول: الدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمتين.

القسم الثاني: الدفع بالإحالة للارتباط.

المطلب الأول: الدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمتين:

تمهيد:

يوجد كثير من الدعاوى تختص بها أكثر من محكمة، كالدعاوى التجارية، فهذه الدعاوى كما مر في مبحث الدفع بعدم الاختصاص يجوز أن يرفعها المدعي أمام محكمة موطن المدعى عليه، أو أمام المحكمة التي تم الاتفاق ونفذ كله، أو بعضه في دائرتها، أو أمام المحكمة التي يجب تنفيذ الاتفاق في دائرتها، وكذلك الحال في الدعاوى الشخصية العقارية، فيجوز رفع هذه الدعاوى أمام المحكمة التي يقع في دائرتها العقار، أو أمام محكمة موطن المدعى عليه، ففي هذه الدعاوى وأمثالها التي تدخل في اختصاص أكثر من محكمة، قد يحصل أن يقوم المدعي برفع الدعوى ذاتها أمام محكمتين مختلفتين، فإذا حصل ذلك كان من حق المدعى عليه أن يدفع بإحالة الدعوى المنظورة أمام محكمتين إلى المحكمة المرفوع إليها

---

(١) أبو الوفا، نظرية الدفوع، ط١٩٩١م، ص٢٤٣، أحمد الصاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات، ص٢٢٠، العشماوي، قواعد المرافعات، ٢٤٨/٢، مليجي، أحمد، التعليق على قانون المرافعات، معلقاً عليه بآراء الفقه القانونية والصيغ وأحكام النقض، دار العدالة، ط٣، ٢٠٠٢، ١٠٣٦/٢.

أولاً الدعوى، والحكمة من الإحالة هي تفادي تعدد الإجراءات، وكذلك تفادي صدور أحكام متناقضة في الدعوى الواحدة [١].

شروط الدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمتين:

يُشترط لقبول هذا الدفع شروطٌ عدة، وهذه الشروط تكاد تكون بعينها شروط الدفع بحجية الشيء المحكوم به، فكل من هذين الدفعين يقصد بهما تفادي الحكم في دعوى مرة أخرى، منعاً من تناقض الأحاكم في الدعوى الواحدة.

إلا أن نطاق الدفع بحجية الشيء المحكوم به أوسع من نطاق الدفع بالإحالة؛ لأن الدفع بالحجية يقصد به فضلاً عما تقدم، تفادي تناقض الأحكام في القضايا المرتبطة برباط لا يقبل التجزئة، فلو رفع أحد طرفي عقد دعوى على الطرف الآخر بطلب تنفيذ العقد، ورفع الآخر دعوى على خصمه ببطلان العقد، فلا يجوز في الدعوى الأخيرة الدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع أمام المحكمة الأولى، وإنما يجوز الدفع بالإحالة للارتباط، كما يجوز عند صدور حكم في إحدى الدعويين التمسك بحجيته في الدعوى الأخرى [٢].

وشروط الدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع أمام محكتين مختلفتين، هي:

الشرط الأول: وحدة الموضوع والسبب في النزاعين:

فإن اختلف الموضوع، أو السبب لم يقبل الدفع بالإحالة، ويقصد بوحدة الموضوع أن يكون المطلوب واحداً في النزاعين، كملكية عقار معين.

ولا يشترط أن يكون المقدار المطلوب في النزاعين واحداً، فيكفي أن يجمعهما قدر مشترك بأن يكون المطلوب في إحداهما جزءاً من الثاني، فلو رفعت دعوى للمطالبة بملكية عقار معين أمام محكمة ما، ثم رفعت دعوى أخرى أمام محكمة أخرى للمطالبة بملكية جزء من نفس العقار، فيجوز الدفع بالإحالة.

ويقصد بوحدة السبب: أن يكون الأساس الذي يستند عليه المدعي في الدعويين واحداً، ففي دعوى ملكية عقار مثلاً يشترط أن يكون السبب واحداً، كما لو كان عقد البيع، أما إذا

---

(١) انظر: هندي، قانون المرافعات المدنية، ص٤٩٧، عشماوي، قواعد المرافعات، ٢/٢٤٩، أبو الوفا، نظرية الدفوع، ط١٩٩١م، ص٢٤٣-٢٤٤، مليجي، التعليق على قانون المرافعات، ٢/١٠٤٠-١٠٤٢.

(٢) أبو الوفا، نظرية الدفوع، ط١٩٩١م، ص٢٤٤، مليجي، التعليق على قانون المرافعات، ٢/١٠٤٢-١٠٤٣.

اختلف السبب فلا يقبل الدفع بالإحالة، كما لو طالب بملكية العقار بسبب عقد البيع، ثم رفع دعوى بملكية العقار أمام محكمة أخرى ولكن بسبب أنه ورث هذا العقار، ففي هذه الحالة لا يقبل الدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمتين [١].

ويجوز الدفع بالإحالة، ولو كان المطلوب في إحدى الدعويين جزءاً من المطلوب في الدعوى الأخرى، كما لو رفعت دعوى بعدة طلبات موضوعية، واقتصر في الدعوى الثانية على المطالبة بطلب واحد منها.

ولا يلزم أن تكون الدعويان مرفوعتين بطريق واحد، فقد تكون إحداهما مرفوعة بطلب عارض في خصومة، وتكون الثانية أصلية.

وقد يحصل أن يكون الطلب العارض عبارة عن وسيلة دفاع في دعوى، ويقصد به تفادي الحكم لمصلحة الخصم الآخر في الدعوى بطلباته الأصلية، كما لو رفع شخص دعوى بتنفيذ عقد معين، فطالب المدعى عليه بفسخه أو بطلانه، وكان المدعي قد رفع من قبل دعوى أصلية بطلب فسخ العقد، أو بطلانه، ففي هذه الحالة لا تجوز الإحالة، وإنما يجب وقف الدعوى الأولى -وهي دعوى فسخ العقد، أو بطلانه- حتى يفصل في الدعوى الثانية -وهي دعوى تنفيذ العقد-، أو تحال الدعوى الأولى إلى المحكمة التي تنظر الدعوى الثانية، ولكن تحال للإرتباط، وليس بسبب كون النزاع مرفوعاً أمام محكمتين مختلفتين.

ولا يجوز الدفع بإحالة دعوى بطلب مستعجل مرفوعة أمام قاضي الأمور المستعجلة إلى المحكمة التي تنظر الدعوى الأصلية، بسبب أن هذه الأخيرة تنظر الموضوع، وذلك لأن كل دعوى تختلف في موضوعها وسببها عن الأخرى [٢].

الشرط الثاني: وحدة الخصوم:

يشترط للدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمتين أن تكون الدعويان مرفوعتين بين الخصوم أنفسهم، ويقصد باتحاد الخصوم اتحادهم قانوناً لا طبيعة، فلو رفعت دعويان في وقت واحد، ويطالب المدعي في الدعوى الأولى بحق بصفته وكيلاً عن شخص آخر، ويطالب

---

(١) أبو الوفا، نظرية الدفوع، ط١٩٩١م، ص٢٤٦، هندي، قانون المرافعات، ص٤٩٨، الصاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات، ص٢٢٢، مليجي، التعليق على قانون المرافعات، ٢/١٠٤٣-١٠٤٤.

(٢) أبو الوفا، نظرية الدفوع، ط١٩٩١م، ص٢٤٨-٢٤٩.

في الدعوى الثانية أمام محكمة أخرى بنفس الحق لنفسه، فلا يجوز الدفع بالإحالة في هذه الحالة، لقيام ذات النزاع أمام محكمتين مختلفتين، وإن كان يجوز الدفع بالإحالة للإرتباط [١].

الشرط الثالث: أن تكون الدعويان مرفوعتين وقائمتين بالفعل أمام محكمتين مختلفتين:

وبناء على هذا الشرط فلا يقبل الدفع بالإحالة إذا كانت إحدى الدعويين قد انقضت بالفصل في موضوعها، أو انقضت بغير حكم في موضوعها، كما إذا حكم بسقوطها، أو بتركها.

ولو حدث أن كانت إحدى الدعويين موقوفة لسبب من الأسباب، فيقبل الدفع بالإحالة؛ لأن الوقف لا يمنع من قيام الدعوى.

وكذلك الحال لو لم تقيد إحدى الدعويين فتجوز الإحالة، حيث تعتبر قائمة، إذ أن النزاع يرفع أمام المحكمة بمجرد إعلان طلب الحضور [٢].

الشرط الرابع: أن تكون المحكمتان المرفوع أمامهما الدعويان تابعتين لنظام قضائي واحد:

فيتعين أن تكونا تابعتين لجهة القضاء المدني، وعلى ذلك لو كانت إحدى الدعويين مرفوعة أمام محكمة مدنية، والأخرى أمام محكمة شرعية، أو إدارية، فلا تجوز الإحالة، وفي هذه الحالة تختص المحكمة العليا بتعيين المحكمة التي ستنظر الدعوى [٣].

ولو كانت إحدى الدعويين مرفوعة أمام محكمة أجنبية، فتجوز الإحالة إذا وجدت معاهدة تنص على ذلك، إذا كانت المحكمة الأجنبية مختصة بنظر الدعوى [٤].

هذا ولا يلزم أن تكون المحكمتان من درجة واحدة، فتجوز الإحالة من محكمة الدرجة الأولى إلى محكمة الدرجة الثانية، وتجوز من الثانية إلى الثانية، ولكن بشرط أن تكون

---

(١) عشماوي، قواعد المرافعات، ٢/٢٥٠، مليجي، التعليق على قانون المرافعات، ٢/١٠٤٤، أبو الوفا، نظرية الدفوع، ط١، ١٩٩١م، ص٢٤٧-٢٤٨.

(٢) أبو الوفا، نظرية الدفوع، ط١٩٩١م، ص٢٥٠، النمر، أمينة ، قانون المرافعات، مطبعة الإشعاع الفنية، ١٩٩٢م، ص٣٣٤، أحمد الصاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات، ص٢٢٢.

(٣) الصاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات، ص٢٢٢، أبو الوفا، نظرية الدفوع، ص٢٥٢، هندي، قانون المرافعات، ص٤٩٩.

(٤) أبو الوفا، نظرية الدفوع، ص٢٥٢-٢٥٣.

المحكمتان من طبقة واحدة، ولذلك لا تجوز الإحالة من محكمة ابتدائية باعتبارها محكمة استئنافية إلى محكمة الاستئناف، وإلا كان ذلك إخلالاً بنظام التقاضي وأوضاعه [1].

الشرط الخامس: أن تكون المحكمة المطلوب الإحالة إليها مختصة بنظر الدعوى المحالة إليها اختصاصاً نوعياً، وقيمياً، ومحلياً:

وإلا سيكون من العبث إحالة الدعوى إلى محكمة غير مختصة.

وتظهر أهمية هذا الشرط فيما لو رفعت دعوى بطلب جزء من دين، ثم رفعت دعوى أخرى للمطالبة بكل الدين فهنا تجب إحالة الدعوى الثانية إلى المحكمة الأولى التي تنظر دعوى المطالبة بجزء من الدين، ولو كانت هذه المحكمة غير مختصة بالدعوى الثانية وهي دعوى المطالبة بالدين كله فلا تجوز الإحالة، كما لو رفع شخص دعوى بطلب ألفي دينار أردني من دين إجمالي مقداره خمسة آلاف دينار، فهذه الدعوى تدخل في اختصاص محكمة الصلح، ثم رفع نفس الشخص دعوى أخرى على المدعى عليه نفسه يطالبه فيها بالدين كله، - والذي قدره خمسة آلاف دينار-، وهذه الدعوى الثانية تدخل في اختصاص محكمة البداية، ولا تدخل في اختصاص محكمة الصلح، وبالتالي لو تمسك المدعى عليه بالإحالة فسوف تحال الدعوى الثانية والتي مقدارها خمسة آلاف دينار إلى محكمة الصلح، وهذا المبلغ يتجاوز نصاب محكمة الصلح، وبالتالي لا تجوز الإحالة في هذه الحالة.

وإذا كانت المحكمة المراد إحالة الدعوى إليها غير مختصة قيمياً بنظر الدعوى القائمة أمامها، فليس هناك ما يدعو للإحالة؛ لأن هذه المحكمة الغير مختصة، ستحكم بعدم اختصاصها بنظر الدعوى، إما بناء على طلب أحد الخصوم، أو من تلقاء نفسها، ويثبت الاختصاص للمحكمة التي رفعت إليها الدعوى متأخراً [2].

الدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمتين والنظام العام:

لا يتعلق هذا الدفع بالنظام العام، ويترتب على ذلك النتائج الآتية:

أولاً: للمدعى عليه وحده حق التمسك بهذا الدفع، ويجوز له التنازل عنه.

ثانيا: لا يجوز للمدعي التمسك بهذا الدفع.

---

(١) أبو الوفا، نظرية الدفوع، ص٢٥٥، عشماوي، قواعد المرافعات، ٢/٢٥٢-٢٥٣.

(٢) انظر أبو الوفا، نظرية الدفوع، ص٢٥٣-٢٥٤، هندي، قانون المرافعات، ص٥٠٠، الصاوي، الوسيط، ص٢٢٢، عشماوي، قواعد المرافعات، ٢/٢٥٢.

ثالثا: لا يجوز للمحكمة التمسك بالإحالة من تلقاء نفسها.

رابعا: لا يجوز للنيابة التمسك بالإحالة.

خامسا: يجب على المدعى عليه التمسك بالدفع بالإحالة قبل التكلم في الموضوع، أو إبداء الدفع بعدم القبول.

ويبدو أن القول بعدم تعلق هذا الدفع بالنظام العام لا يتفق مع العلة التي أجيز بمقتضاها الدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمتين مختلفتين، فالعلة من ذلك كما مر سابقا هي منع صدور أحكام متناقضة في النزاع الواحد، وكذلك توفير الوقت والجهد، وهذه العلة تقتضي أن يكون هذا الدفع متعلقا بالنظام العام؛ لأن عدم تعلقه بالنظام العام يتيح الفرصة للمدعى عليه أن يتنازل عنه، ولو تنازل عنه، انتفت الحكمة من تشريع هذا الدفع.

وقد ذهب أبو الوفا إلى ذلك، واستغرب عدم تعلق هذا الدفع بالنظام العام، وقاسه على الدفع بحجية الشيء المحكوم به، والدفع بعدم الاختصاص النوعي، إذ يتعلق هذان الدفعان بالنظام العام [١].

إجراءات الفصل في الدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمتين:

أولا: يقدم هذا الدفع من المدعى عليه فقط إلى المحكمة التي رفعت إليها الدعوى متأخرا؛ لأن المحكمة التي رفعت إليها الدعوى أولا هي أولى المحكمتين بالفصل في الدعوى، إذ أن رفع الدعوى إلى محكمة ينزع من سائر المحاكم المختصة بها اختصاصها بالنظر فيها [٢].

ثانيا: متى تحققت شروط الدفع، فليس للمحكمة المقدم إليها الدفع سلطة تقديرية في قبول الدفع، أو رفضه، بل يجب عليها الإحالة إلى المحكمة التي رفعت إليها الدعوى أولا.

ثالثا: العبرة في تعيين أي القضيتين رفعت أولا هي بتاريخ تقديم صحيفة الدعوى في كل منهما إلى قلم كتاب المحكمة المرفوعة إليها الدعوى [٣].

---

(١) انظر أبو الوفا، نظرية الدفوع، ص٢٥٥-٢٥٧ .

(٢) مليجي، التعليق على قانون المرافعات، ٢/١٠٤٧.

(٣) انظر أبو الوفا، نظرية الدفوع، ص٢٥٩، هندي، قانون المرافعات، ص٥٠٠، عشماوي، قواعد المرافعات، ٢/٢٥٦، ٢٥٧، الصاوي، الوسيط، ص٢٢٢-٢٢٣.

-لو رفع شخص دعوى مرتين أمام محكمتين مختلفتين، ودفع المدعى عليه بالإحالة، فادعى المدعي أن المحكمة الأولى غير مختصة، فهل في هذه الحالة تفصل المحكمة الثانية في اختصاص المحكمة الأولى، أم تحيل الدعوى دون الفصل في الاختصاص؟

هناك اتجاه يرى أنه ليس للمحكمة الثانية الفصل في اختصاص المحكمة الأولى، بل تحيل الدعوى إليها؛ لأن القانون لم يخول لها حق الفصل في اختصاص المحكمة.

واتجه رأي آخر إلى أنه يجوز للمحكمة التي رفع إليها النزاع متأخراً أن ترفض إحالة الدعوى للمحكمة الأولى غير المختصة، بناء على أن المحكمة الثانية هي وحدها المختصة بنظر النزاع، وأن المحكمة التي رفع إليها النزاع أولاً غير مختصة بنظر النزاع، فالمحكمة الثانية يجب عليها أن تتأكد من شروط الإحالة، ومن ضمن هذه الشروط، أن تكون المحكمة المحال إليها مختصة بنظر النزاع، وقد أيّد هذا الاتجاه الدكتور أبو الوفا، إلا أنه رأى أن يرفع طلب الإحالة إلى المحكمة الأولى، لتتحقق من شروط الإحالة، ومن بينها كونها مختصة بنظر النزاع، أو غير مختصة [١].

الحكم في الدفع بالإحالة:

قد تحكم المحكمة المقدم إليها طلب الإحالة بقبول هذا الطلب، وقد تحكم برفضه، وفي كلا الحالين فإن الحكم الصادر ينفذ فور صدوره، دون أن تستوفى بصدده الشروط اللازمة بجواز تنفيذ الأحكام، فلا يلزم إعلانه.

وإذا حكمت المحكمة بقبول الدفع فإنه يترتب على ذلك انقضاء الخصومة أمام المحكمة التي رفع إليها النزاع متأخراً، فيعتبر كأن لم يكن، وتزول كافة الآثار القانونية المترتبة على قيامه.

أما إذا حكمت المحكمة برفض الإحالة، فتمضي كل محكمة في نظر الدعوى المرفوعة أمامها، هذا وقد ترفض المحكمة الإحالة بناء على عدم استيفاء الشروط اللازمة للإحالة [٢].

---

(١) أبو الوفا، نظرية الدفوع، ص٢٦٢، عشماوي، قواعد المرافعات، ٢/٢٥٨-٢٥٩.

(٢) أبو الوفا، نظرية الدفوع، ص٢٦٢، عشماوي، قواعد المرافعات، ٢/٢٥٩، مليجي، التعليق على قانون المرافعات، ٢/١٠٤٩-١٠٥١.

حجية الحكم الصادر في الدفع:

الحكم الصادر في الدفع بالإحالة لا يحوز حجية الشيء المحكوم به إلا في الخصومة التي صدر فيها، ولا تتقيد به إلا المحكمة التي أصدرته، والمحكمة الأخرى التي أحيلت الدعوى إليها، وعلى ذلك لو فرض أن صدر حكم بالإحالة ثم رفعت الدعوى ذاتها أمام محكمة ثالثة، وجب إبداء هذا الدفع في موعده، ووجب اتخاذ كافة الإجراءات المطلوبة لتقديم هذا الدفع، ولا يجوز أن يحتج بحجية الحكم الصادر بالإحالة أمام المحكمة الثالثة [١].

الطعن في الحكم الصادر في الدفع:

مر سابقاً أن المحكمة المقدم إليها الدفع بالإحالة –وهي المحكمة المرفوع إليها الدعوى متأخراً– إما أن تحكم بقبول الدفع، وبالتالي تحيل الدعوى، وإما أن ترفض ذلك.

فإن حكمت المحكمة بقبول الدفع بالإحالة، فاستئناف هذا الحكم يكون مع استئناف الحكم المنهي للخصومة، إذ أن الحكم بقبول الإحالة يكون قبل الفصل في الموضوع، وعليه يكون استئنافه مع استئناف الحكم الصادر في الموضوع، ويجوز استئناف الحكم الصادر بقبول الدفع مهما كانت قيمة الدعوى، ويجوز أيضاً استئناف الحكم الصادر بقبول الدفع بالإحالة على استقلال.

وأما إذا حكمت المحكمة برفض الدفع بالإحالة، فاستئناف هذا الحكم يكون أيضاً مع الحكم الصادر في الموضوع، هذا ولا يُعد سير الدافع بالإحالة في الدعوى قبولاً منه بالحكم الصادر برفض الدفع؛ لأنه مرغم على السير في الدعوى، والرضا يكون عن اختيار لا عن إجبار، وعلى ذلك يستطيع الدافع بالإحالة إذا رفض دفعه أن يستأنف الحكم الصادر بالرفض، ولكن يستأنفه مع الحكم الصادر في الموضوع.

وعلى المحكمة التي حكمت بالإحالة أن تحدد للخصوم الجلسة التي يحضرون فيها أمام المحكمة التي أحيلت إليها الدعوى [٢].

---

(١) مليجي، التعليق على قانون المرافعات، ١٠٥١/٢، أبو الوفا، نظرية الدفوع، ص٢٦٢-٢٦٣.

(٢) أبو الوفا، نظرية الدفوع، ص٢٦٣-٢٦٤، عشماوي، قواعد المرافعات، ٢٥٩/٢-٢٦٠، مليجي، التعليق على قانون المرافعات، ١٠٥١/٢.

المطلب الثاني: الدفع بالإحالة للإرتباط:

يتحقق الإرتباط بين الدعاوى عند وجود صلة وثيقة بين هذه الدعاوى، تجعل الفصل في إحداها مؤثراً على وجه الحكم في الدعاوى الأخرى، الأمر الذي يتطلب جمع هذه الدعاوى أمام محكمة واحدة لتفصل فيها، منعاً لصدور أحكام متناقضة، فالإرتباط هو: صلة وثيقة بين دعويين أو أكثر، تجعل من الأنسب جمع هذه الدعاوى أمام محكمة واحدة لتفصل فيها معاً.

وصور الإرتباط كثيرة، منها: أن يتحد السبب، أو الموضوع في الدعويين، وأكثر ما يظهر ذلك في الدعاوى المتعلقة بالعقود، حيث يرفع أحد الطرفين دعوى بتنفيذ العقد ويرفع العاقد الآخر دعوى بفسخ العقد، أو بطلانه.

هذا ولا يلزم للمطالبة بالإحالة للإرتباط اتحاد الخصوم في كل من الدعويين، كما لا يلزم لتحقق الإرتباط اتحاد الموضوع، أو السبب، فكل ما يلزم هو وجود صلة بين الدعويين، بحيث يكون الحكم في إحداهما مؤثراً على الحكم في الأخرى [١].

شروط التمسك بالدفع بالإحالة للارتباط:

الدفع بالإحالة للإرتباط مرهون بشروط لقبوله والحكم به، وبالتالي لا يقبل الدفع بالإحالة للإرتباط، إذا تخلف أحد الشروط الموضوعة له، وهذه الشروط هي:

الشرط الأول:

أن تكون المحكمتان -المطلوب الإحالة منها، والمطلوب الإحالة إليها- من درجة واحدة، وعليه فلا تجوز الإحالة من محكمة الدرجة الأولى إلى محكمة الدرجة الثانية، ومن الثانية إلى الأولى، وكذلك لا تجوز الإحالة إذا كانت المحكمتان من محاكم الدرجة الثانية، فلا يجوز إبداء الدفع في الاستئناف؛ لأنه يسقط بمواجهة الموضوع، وعلة ذلك كله ما يترتب على الإحالة في هذه الحالات من إخلال بمبدأ تبعية المحاكم بعضها لبعض، على أنه تجوز الإحالة إذا ارتبطت دعويان أمام محكمة الدرجة الأولى، وتخلف المدعى عليه عن الحضور في

---

(١) أبو الوفا، نظرية الدفوع، ص٢٦٥، عشماوي، قواعد المرافعات، ٢/٢٦٠-٢٦١، هندي، قانون المرافعات، ص٥٠١، الصاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات، ص٢٢٣، مليجي، التعليق على قانون المرافعات، ٢/١٠٥٢-١٠٥٥.

إحداهما، وصدر الحكم في الدعوى المتغيب عنها، فهنا يجوز للمحكوم عليه غيابياً أن يضمن صحيفة المعارضة، أو الاستئناف تمسكه بالدفع بالإحالة للارتباط [١].

وتجوز الإحالة من محكمة الصلح إلى محكمة البداية، لتنظرها بالتبعية، ويقدم طلب الإحالة لمحكمة الصلح، ولا يجوز العكس [٢].

الشرط الثاني: أن تكون المحكمتان تابعتين لجهة القضاء العادي، أي تابعتين لنفس الجهة، وعليه لو كانت إحدى الدعويين منظورة أمام محكمة تابعة لجهة القضاء الإداري، والأخرى مرفوعة أمام محكمة تابعة لجهة القضاء المدني، فلا تجوز الإحالة هنا [٣].

الشرط الثالث:

أن تكون المحكمة المطلوب الإحالة إليها مختصة بنظر الدعوى القائمة أمامها اختصاصاً نوعياً، وقيمياً، ووظيفياً، ومحلياً، ولكن يلاحظ أنه إذا لم يعترض الخصم على الاختصاص المحلي للمحكمة المطلوب الإحالة إليها في الوقت المناسب، فإنها تصبح مختصة محلياً [٤].

الشرط الرابع:

أن تكون المحكمة المطلوب الإحالة إليها مختصة بالدعوى المطلوب إحالتها اختصاصاً وظيفياً، ونوعياً، أما الاختصاص المحلي فيصح التجاوز عنه؛ لأنه لا يتعلق بالنظام العام[٥].

وهذا الشرط يختلف عن الشرط السابق الذي مضمونه أن تكون المحكمة المطلوب الإحالة إليها مختصة بالدعوى القائمة أمامها، والشرط الذي نحن بصدده مضمونه أن تكون المحكمة المطلوب الإحالة إليها مختصة بالدعوى المطلوب إحالتها.

وإذا كان لا يلزم أن تكون المحكمة المطلوب الإحالة إليها مختصة محلياً بنظر الدعوى المطلوب إحالتها، إلا أنه يستثنى من ذلك الدعاوى التي يكون الاختصاص المحلي

---

(١) عشماوي، قواعد المرافعات، ٢/٢٦١-٢٦٢، أبو الوفا، ص٢٧٣، هندي، قانون المرافعات، ص٥٠٤.

(٢) أحمد هندي، قانون المرافعات، ص٥٠٦.

(٣) عشماوي،قواعد المرافعات، ٢/٢٦١، أحمد هندي، قانون المرافعات، ص٥٠٤، الصاوي، الوسيط في شرح المرافعات، ص٢٢٤، مليجي، التعليق على قانون المرافعات، ٢/١٠٥٥-١٠٥٦.

(٤) الصاوي، الوسيط، ص٢٢٣-٢٢٤، هندي، قانون المرافعات، ص٥٠٤، مليجي، التعليق على قانون المرافعات، ٢/١٠٥٨.

(٥) أبو الوفا، نظرية الدفوع، ص٢٧٥، الصاوي، الوسيط، ص٢٢٤.

فيها متعلقاً بالنظام العام، وذلك إذا جعل المشرع الاختصاص المحلي في دعاوى معينة لمحكمة معينة بالذات، كما في دعاوى الرد، ففي هذه الدعاوى مثلاً، يجب أن تختص بها المحكمة التابع لها القاضي، احتراماً لمبدأ تبعية المحاكم بعضها لبعض، والأمر نفسه كذلك في دعاوى إشهار الإفلاس، ففي هذه الدعاوى إذا قدم طلب بإحالتها فيجب أن تكون المحكمة المطلوب إليها الإحالة مختصة بنظر هذه الدعاوى (١).

الشرط الخامس:

أن تكون الدعويان قائمتين أمام المحكمتين، وعليه إذا كانت الدعوى المرفوعة أمام المحكمة المطلوب الإحالة إليها قد انقضت، فلا يكون هناك محل للدفع (٢).

ولكن يحصل أن تقضي المحكمة المطلوب الإحالة منها بالإحالة، وبعد هذا الحكم تقضي المحكمة المطلوب الإحالة إليها بالدعوى القائمة أمامها قبل طرح الدعوى المحالة عليها، فما هو الحكم في هذه الحالة؟

هناك اتجاه يرى أنه يمتنع على المحكمة المحال إليها أن تفصل في الدعوى المحالة عليها، ويجب أن تعود هذه الدعوى إلى المحكمة التي كانت تنظرها، وعلة ذلك زوال الحكمة من الإحالة للإرتباط، إذ الحكمة من الإحالة للإرتباط أن تنظر الدعويان أمام محكمة واحدة لتفصل فيهما معاً، فيضمن بذلك ألا تتعارض الأحكام وتتناقض (٣).

ويرى اتجاه آخر بأنه ليس هناك ما يمنع المحكمة المحال إليها من الفصل في الدعوى المحالة، بناء على أن الغرض من الإحالة للارتباط هو الفصل في الدعويين بمعرفة محكمة واحدة، وليس الفصل فيهما معاً، وهذا الغرض متحقق، حتى لو كانت المحكمة المحال إليها قد قضت في الدعوى القائمة أمامها؛ لأن الإحالة قد قصد بها تفادي الأحكام في الدعويين، وتيسير الفصل فيهما (٤).

ترجيح الباحث: يرى الباحث أن الراجح في هذه المسألة هو جواز أن تفصل المحكمة المحال إليها بالدعوى المحالة عليها، حتى لو فصلت هذه في الدعوى القائمة أمامها، فكلا الاتجاهين متفقان على أن الغرض من الإحالة للإرتباط هو تفادي صدور أحكام متناقضة،

---

(١) أبو الوفا، نظرية الدفوع، ص٢٧٦-٢٧٧.

(٢) عشماوي، قواعد المرافعات، ٢/٢٦٢، مليجي، التعليق على قانون المرافعات، ٢/١٠٥٨.

(٣) عشماوي، قواعد المرافعات، ٢/٢٦٢-٢٦٣.

(٤) أبو الوفا، نظرية الدفوع، ص٢٧٥.

وهذا الغرض يمكن تحقيقه حتى لو حكمت المحكمة بالدعويين، دعوى بعد دعوى؛ لأنها على معرفة تامّة بالدعويين، ولا يلزم لتفادي تناقض الأحكام أن يفصل بالدعويين معاً، كما رأى الاتجاه الأول.

الضمّ:

يحدث أن تكون الدعويان قائمتين أمام دائرتين في محكمة واحدة، ففي هذه الحالة يجوز طلب ضم إحداهما للأخرى، ولا يعتبر هذا الإجراء دفعاً بالإحالة [١].

ويجوز للقاضي في هذه الحالة أن يحكم بالضم من تلقاء نفسه، وإذا طلب الخصم ذلك، فللمحكمة أن تقبل الضم، أو ترفضه، بحسب ما تراه مناسباً، ويجوز الضم أيضاً إذا كانت الدعويان منظورتين أمام دائرة واحدة تابعة لمحكمة واحدة، وكذلك يجوز الضم في الاستئناف.

وللقاضي بعد الضم أن يصدر حكماً في الدعويين معاً، كما أن له أن يحكم في إحداهما قبل الأخرى، فالغرض من الضم هو الفصل فيهما بمعرفة قاضٍ واحد.

هذا والحكم بالضم، أو برفضه لا يطعن فيه فور صدوره، وإنما يطعن فيه مع الطعن في الحكم الصادر في الموضوع [٢].

إجراءات الدفع بالإحالة للارتباط:

أولاً: يقدم طلب الدفع بالإحالة للارتباط إلى أي من المحكمتين اللتين تنظران الدعويين، ويقدم هذا الدفع مع الدفع بعدم الاختصاص المحلي، وقبل أي دفع، أو تكلم في الموضوع، وتجدر الإشارة هنا إلى أنه قد ينشأ الحق في إبداء الدفع بالإحالة للارتباط بعد التكلم في الموضوع، كما لو رفعت دعوى بطلب الريع، وفي أثناء نظرها وبعد التكلم في الموضوع تقام دعوى الملكية، وكما مر سابقاً في قواعد الدفوع الشكلية أن الإدلاء بالدفع الشكلي يجوز كلما نشأ سبب الدفع الشكلي، وهنا نشأ سبب الدفع بالإحالة وهو دفع شكلي بعد التكلم في الموضوع، ولذا يجوز إبداء الدفع بالإحالة للارتباط، ولكن في هذه المسألة تحال دعوى الريع إلى دعوى الملكية؛ لأن هذه الأخيرة أكبر أهمية.

ثانياً: تقوم المحكمة التي قدم إليها طلب الإحالة بالفصل فيه، وعليها أن تتحقق مقدما من اختصاص المحكمة المطلوب الإحالة إليها بنظر الدعوى المطلوب إحالتها، حتى لا تحال

---

(١) مليجي، التعليق على قانون المرافعات، ١٠٥٦/٢.

(٢) أبو الوفا، نظرية الدفوع، ص٢٦٩-٢٧٢، هندي، قانون المرافعات، ص٥٠٤-٥٠٥.

الدعوى إلى المحكمة الأخرى، فتقضي هذه بعدم اختصاصها، وتعود بالتالي للمحكمة الأولى، الأمر الذي يشتت القضاء، ويؤخر الفصل في الدعوى.

هذا وللمحكمة المقدم إليها طلب الإحالة أن ترفض الإحالة، حتى لو تحققت شروط الارتباط، وذلك إذا علت صلة الارتباط اعتبارات أخرى، كأن تكون الدعوى المرفوعة أمامها أكبر أهمية من الدعوى القائمة أمام المحكمة التي ستحيل إليها الدعوى، وقد تقرر المحكمة وقف الدعوى القائمة أمامها حتى يصدر حكم في الدعوى الأخرى، وأن الأولى إحالة الدعوى القائمة أمام المحكمة الثانية، أو قد تكون المحكمة المطلوب الإحالة إليها قد انتهت من تحقيق الدعوى القائمة أمامها، وأصبحت صالحة للحكم، ولن تؤخر الفصل فيها بسبب الإحالة.

ثالثاً: عند إحالة الدعوى تلزم المحكمة المحال إليها بنظر الدعوى المحالة، فتلتزم بالإحالة بأسبابها، ولكن إذا قضت المحكمة المحال إليها بعدم اختصاصها بنظر الدعوى المحالة، فلا يجوز لها أن تفصل فيها، مع ملاحظة أن تمسك الخصم بإحالة الدعوى يدل على قبوله باختصاص المحكمة محلياً وإن لم تكن كذلك.

رابعاً: للمحكمة المحال إليها أن تفصل في الدعويين معاً بحكم واحد، ولها أن تفصل في الدعوى القائمة أمامها، ثم تفصل في الدعوى المحالة.

خامساً: إذا حكمت المحكمة المقدم إليها طلب الإحالة بالإحالة تعين عليها أن تحدد للخصوم الجلسة التي يحضرون فيها أمام المحكمة المحال إليها [1].

---

(١) أبو الوفا، نظرية الدفوع، ص٢٨٠-٢٨٢، مليجي، التعليق على قانون المرافعات، ١٠٦٣/٢.

المبحث الثاني

الدفع بالإحالة في الفقه الإسلامي

أولاً: الدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمتين مختلفتين:

لم أجد فيما اطلعت عليه من كتب الفقهاء المسلمين، أن الفقهاء قد صرحوا بمسألة قيام المدعي برفع دعواه مرتين عند قاضيين مختلفين في آن واحد، إلا أنه يمكن أخذ حكم هذه الصورة من خلال بعض المسائل التي بحثوها، فقد مر في مبحث الاختصاص المكاني أن الفقهاء بحثوا مسألة وجود أكثر من قاضٍ في البلد الواحد، وذهب معظمهم إلى أنه إذا حدث نزاع بين المدعي والمدعى عليه في اختيار القاضي الذي سيتحاكمان إليه، فإن العبرة تكون للمدعي في اختيار القاضي، ثم تطرق الفقهاء إلى مسألة تساوي المتداعيين، بأن يكون كل منهما مدعياً ومدعى عليه، كتحاكمهما في قسمة ملك، او اختلفا في قدر ثمن مبيع، فما الإجراء المتخذ في هذه الحالة؟

أجاب الفقهاء على هذه المسألة بما نصه:"إذا تساوى الخصمان بأن كان كل منهما طالباً، ومطلوباً، فلكل واحد منهما أن يطلب حقه عند من شاء من القضاة، ويطلب الآخر حقه عند من شاء، وإن اختلفا فيمن يبدأ بالطلب، وفيمن يذهبان إليه من القاضيين، أوجبت للسابق من رسل القاضيين، وإن لم يكن لأحدهما ترجيح بسبق الطلب على الآخر، ولا بغير ذلك أقرع بينهما" [١].

وصورة هذه المسألة: أن يكون كل من المتداعيين مدعياً ومدعى عليه، كما لو اختلفا في قسمة ملك، وعليه فموضوع الدعوى واحد، وهو قسمة ملك، وفي هذه الحالة يجوز لكل من المتداعيين أن يدعي عند أي قاضٍ شاء، فإن اختلفا في اختيار القاضي، وذهب كل واحد منهما إلى قاضٍ، فإن كلاً من القاضيين سيبعث رسولاً للمدعى عليه لكي يحضر عنده، وأول رسول من الرسولين يبلغ المدعى عليه [٢]، فإن الدعوى سترفع لدى القاضي الذي سبق رسوله، وبالتالي على القاضي الذي لم يسبق رسوله أن يمتنع عن نظر الدعوى –والدعوى هنا واحدة وهي قسمة ملك–، وعليه لو حصل أن القاضي الذي لم يسبق رسوله قرر النظر في

---

(١) ابن المواق، التاج والإكليل، ٩٨/٨، وانظر: الشربيني، تحفة المحتاج، ٣٥٢/٤.

(٢) كلمة مدعى عليه يقصد بها كلا المتداعيين، فكل منهم مدع ومدعى عليه.

الدعوى، فإنه يمكن للخصم الآخر أن يدفع بأن هذا ليس من حق القاضي، وعلى هذا القاضي أن يمتنع عن نظر الدعوى، ويحيل الدعوى إلى القاضي الذي سبق رسوله.

وهذا هو موضوع الدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمتين مختلفتين [١].

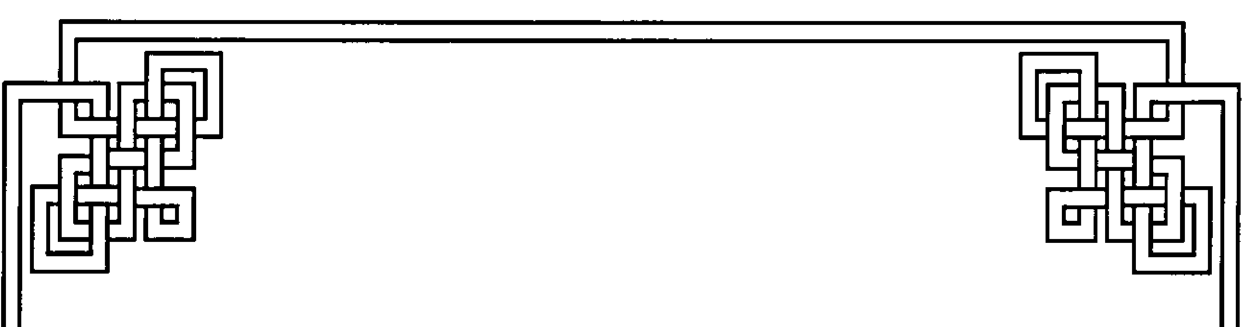
ثانياً: الدفع بالإحالة لوجود الارتباط:

هذا النوع كسابقه من الدفوع لم يصرح به الفقهاء المسلمون، وهذا ما أكده الدكتور محمد نعيم ياسين، ورأى أنه مع عدم التصريح به عند الفقهاء إلا أنه يتفق مع الأصول العامة في التقاضي، حيث في ذلك توفير الوقت، والنفقات، وتيسير للعدل، إذ بتوحيد دعويين مرتبطتين ببعضهما ارتباط وثيقا لينظرا أمام قاضٍ واحد إتاحة فرصة لاكتشاف الحق [٢].

---

(١) انظر قريبا من هذا: ياسين، نظرية الدعوى، ص٦٠٢-٦٠٣.

(٢) ياسين، نظرية الدعوى، ص٦٠٣.



الفصل الخامس

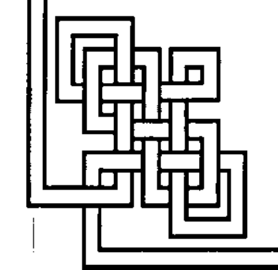
الدفع بالبطلان

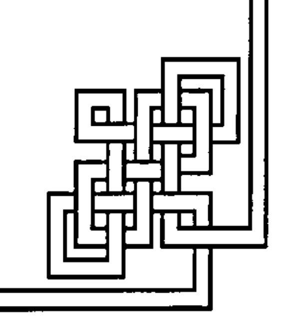
المبحث الأول: الدفع بالبطلان في القانون.

المبحث الثاني: الدفع بالبطلان في الفقه الإسلامي.

المطلب الأول: الدفع ببطلان إجراءات التكليف بالحضور (التبليغ)

المطلب الثاني: الدفع ببطلان صحيفة الدعوى





المبحث الأول

الدفع بالبطلان في القانون

تمهيد:

البطلان هو: وصف للعمل الإجرائي الذي لا يتطابق مع نموذجه القانوني الذي وضعه له القانون، ويؤدي إلى عدم إنتاج الآثار التي يرتبها القانون على هذا الإجراء لو كان صحيحا [١].

فقد وضع القانون لكل عمل إجرائي قواعد وضوابط يجب على الخصم مراعاتها، سواء كانت هذه القواعد، والضوابط تتعلق بتحرير الأوراق، أو البيانات المشتملة عليها، أو طريقة إعلانها، أو المواعيد الواجب مراعاتها، ووضع المشرع أيضاً جزاءً لمخالفة هذه القواعد والضوابط، وهذا الجزاء هو البطلان، الذي يؤدي إلى اعتبار الورقة في حكم العدم، بحيث لا تترتب عليها الآثار القانونية التي تترتب عليها الآثار الصحيحة.

ويقسم البطلان إلى بطلان عام وخاص:

أما البطلان الخاص فهو الذي يترتب على مخالفة قاعدة مقررة لحماية مصلحة خاصة لأحد الخصوم.

وأما البطلان العام فهو الذي يترتب على مخالفة قاعدة مقررة لحماية المصلحة العامة، أي تتعلق بالنظام العام.

وتبرز أهمية التمييز بين البطلان الخاص والعام، في أن التمسك بالبطلان الخاص لا يتعلق بالنظام العام، أما التمسك بالبطلان العام فيتعلق بالنظام العام، [٢]وقد مر سابقاً النتائج المترتبة على تعلق القاعدة بالنظام العام، أو عدم تعلقها به.

الفرق بين البطلان والسقوط:

أولا: إذا حُكم ببطلان الإجراء جاز تجديده، بينما إذا سقط الإجراء امتنع تجديده.

ثانياً: التمسك بالبطلان يبدى كقاعدة عامة قبل التكلم في الموضوع، بينما السقوط يُتمسك به في أية حالة تكون عليها الإجراءات، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك.

---

(١) هندي، قانون المرافعات، ص٥٧.

(٢) معوض عبد التواب، الموسوعة النموذجية في الدفوع، ١/١٨٣-١٨٥.

ثالثا: التمسك بالبطلان أثناء سير الدعوى يكون على صورة دفع شكلي، أما التمسك بالسقوط فيكون على صورة دفع بعدم القبول.

رابعا: يجوز تصحيح الإجراء الباطل بالتكملة، أما السقوط فلا يتصور تصحيحه؛ لأنه يقع بسبب فوات الميعاد، أو المناسبة [١].

وصور البطلان كثيرة في قانون أصول المحاكمات المدينة، ومن هذه الصور:

بطلان صحيفة الدعوى وإجراءات التبليغ، وبطلان صحف الطعن، وبطلان إجراءات التنفيذ، وبطلان التحقق، وبطلان الأحكام القضائية.

وفي حالة البطلان يكون للمدعى عليه حق التمسك بهذا البطلان، عن طريق الدفع بالبطلان، وهو دفع شكلي [٢].

وبناء على ما سبق **يمكن تعريف الدفع بالبطلان** بأنه: التمسك ببطلان أوراق المرافعات، أو إجراءاتها لعدم مطابقتها للنموذج القانوني، أو لنقص كل أو بعض البيانات الجوهرية الواجب اشتمالها عليها، أو لأنها أعلنت في غير المواعيد، أو بغير اتباع الإجراءات الواجب مراعاتها طبقاً لنصوص القانون، ولا علاقة لهذا الدفع بالأحوال التي يتمسك فيها أحد الخصوم ببطلان اتباع عقد قدمه الخصم في دعواه، فهذا يعدّ دفعاً موضوعياً لا شكلياً [٣].

وكما ذكرت فإن صور البطلان كثيرة، ولكن يكتفى بتوضيح صورة واحدة نص عليها القانون عندما ذكر الدفوع الشكلية، وهي بطلان صحيفة الدعوى وأوراق التكليف بالحضور (التبليغ).

الدفع ببطلان صحيفة الدعوى وأوراق التكليف بالحضور (التبليغ):

أوراق التكليف بالحضور طائفة من أوراق المرافعات، والغرض منها دعوة الخصوم للحضور أمام المحكمة، كصحيفة افتتاح الدعوى، وصحيفة الاستئناف، وصحيفة الضمان الفرعية، وصحيفة التماس إعادة النظر، وقد وضع المشرع قواعد معينة لتحريرها، وإعلانها، ورتب البطلان على مخالفة هذه القواعد [٤].

---

(١) معوض عبد التواب، الموسوعة النموذجية، ١٨٥/١.

(٢) عشماوي، قواعد المرافعات، ٢٦٦/٢، هندي، قانون المرافعات، ص٥٠٧-٥٠٨.

(٣) عشماوي، قواعد المرافعات، ٢٨٢/٢، الصاوي، الوسيط، ص٢٢٥، أبو الوفا، نظرية الدفوع، ص٣٣٤-٣٣٥.

(٤) هندي، قانون المرافعات، ص٥٠٨، عشماوي، قواعد المرافعات، ٢٨٣/٢.

وقت إبداء الدفع ببطلان أوراق التكليف بالحضور:

يجب إبداء هذا الدفع قبل إبداء الدفع بعدم القبول، وقبل أي طلب، أو دفاع في أوراق التبليغ وفي الطلب العارض –الموجه إليه الدفع– وإلا سقط الحق فيه، ويجب إبداؤه في صحيفة الإعتراض، أو الاستئناف، كما يجب على الخصم أن يبدي جميع وجوه البطلان معاً في الورقة، وإلا سقط الحق فيما لم يُبد منها [١].

زوال البطلان بحضور الخصم:

مع أن المشرع قد رتب البطلان على مخالفة القواعد التي وضعها للقيام بالعمل الإجرائي، إلا أنه لم يغرق في الشكلية، وذلك بالتقليل من دواعي البطلان، فلم يرتب البطلان على مخالفة الإجراء، حتى ولو نص القانون على ذلك صراحة، وهذا في حالة تحقق الغاية من الإجراء المعيب، وأساس ذلك أن الإجراءات وسيلة لتحقيق الغاية منها، فهي ليست مطلوبة لذاتها، وبناء على ذلك نص المشرع على أن"بطلان صحف الدعاوى، وإعلانها، وبطلان أوراق التكليف بالحضور الناشئ عن عيب في الإعلان، أو في بيان المحكمة، أو في تاريخ الجلسة، يزول بحضور المعلن إليه، أو بإيداعه مذكرة دفاعه".

ويفهم من هذا النص زوال البطلان إذا حضر المعلن إليه، أو أودع مذكرة بدفاعه، ويشترط لزوال البطلان عدة شروط، هي:

أولاً: أن يكون البطلان متعلقاً بصحف الدعاوى، وإعلانها، وأوراق التكليف بالحضور، وبالتالي لا يشمل النص السالف الذكر بطلان أوراق المرافعات الأخرى التي لا تتضمن تكليفاً بالحضور، كصحيفة النقض بالطعن؛ لأن إعلان الطعن بالنقض يقتصر على إخطار المطعون عليه برفع الطعن عليه دون أن يتضمن هذا الإعلان تاريخ الجلسة المحددة لنظر الطعن بالنقض، وإنما تحدد الجلسة بعد ذلك، وعليه لو حضر المطعون عليه فلا يزول البطلان في حالة لو كان متعلقاً بإعلان الطعن [٢].

ثانياً: أن يكون البطلان ناشئاً عن عيب في الإعلان، أو بيان المحكمة، أو في تاريخ الجلسة، فلو كان البطلان ناشئاً عن غير ذلك فلا يزول بالحضور، كما لو كان العيب ناشئاً عن عدم تحديد موضوع الدعوى، أو عدم بيان أسانيدها، أو عدم مراعاة المواعيد المقررة

---

(١) عشماوي، قواعد المرافعات، ٢/٢٨٣-٢٨٤، محمد الظاهر، شرح أصول المحاكمات، ص٤٠٠.

(٢) هندي، قانون المرافعات، ص٥١٠، الصاوي، الوسيط، ص٢٢٧، مليجي، التعليق على قانون المرافعات، ٢/١٠٧٣-١٠٧٤.

ويقوم مقام الحضور إيداع المعلن إليه مذكرة بدفاعه في قلم كتاب المحكمة رداً على الورقة الباطلة التي أعلن بها، فتقديم المذكرة يحقق الغاية التي يحققها الحضور [١].

غياب المعلن إليه:

إذا غاب المعلن إليه، وتبينت المحكمة بطلان الإعلان، وجب عليها تأجيل الدعوى إلى جلسة تالية، يعاد إعلانه بها إعلانا صحيحاً، وذلك حماية للمدعى عليه الغائب، بإتاحة الفرصة للحضور، كي يتمكن من الدفاع عن نفسه، ولا يصدر عليه حكما غيابياً.

أما إذا غاب المعلن إليه، ولم تتبين المحكمة بطلان إعلانه بصحيفة الدعوى، وصدر الحكم عليه، فإن وسيلته للتمسك بالبطلان هي الطعن في الحكم، ولكن بشرط أن يبدي الدفع في صحيفة الطعن، وإلا سقط حقه في الدفع بالبطلان [٢].

الحكم في الدفع بالبطلان:

إذا قدم الدفع بالبطلان إلى المحكمة، فيجب عليها أن تحكم فيه على استقلال، وإذا أمرت بضمه إلى الموضوع، تعين عليها أن تبيّن ما حكمت به في كل من الدفع، والموضوع.

والحكم الصادر في الدفع بالبطلان لا يقبل الاستئناف إلا إذا كان موضوع الدعوى ذاته يقبل الاستئناف، هذا والحكم الصادر بقبول الدفع بالبطلان يجوز استئنافه على استقلال فور صدوره؛ لأنه يعتبر منهياً للخصومة، بخلاف الحكم الصادر برفض هذا الدفع، فلا يجوز استئنافه إلا مع الحكم الصادر في الموضوع [٣].

أثر الحكم الصادر بقبول الدفع بالبطلان:

إذا حكمت المحكمة بقبول الدفع بالبطلان، فإنه يترتب على ذلك زوال كل أثر للورقة، فإذا كانت صحيفة الدعوى اعتبرت كأن لم تكن، وزالت كل الآثار المترتبة على رفعها، كما تزول كافة الإجراءات اللاحقة لها، ووجب رفع دعوى جديدة إذا كان الحق لا يزال قائماً؛ ولم يسقط بالتقادم [٤].

---

(١) هندي، قانون المرافعات، ص٥١٤-٥١٥، محمد الظاهر، شرح أصول المحاكمات، ص٤٠١.

(٢) الصاوي، الوسيط، ص٢٣١، محمد الظاهر، شرح أصول المحاكمات، ص٤٠٠.

(٣) عشماوي، قواعد المرافعات، ٢/٢٩٣-٢٩٤.

(٤) هندي، قانون المرافعات، ص٥١٦، الصاوي، الوسيط، ص٢٣١.

ولكن ينبغي التنبيه إلى أن بطلان الإجراءات لا يؤثر فيما تقدم من الإجراءات، ما لم ينص على خلاف ذلك.

كما لا يؤثر بطلان الإجراءات في الإجراءات التالية له إذا كان لها كيان مستقل بذاتها، ولم تكن معتمدة عليه، وأما الإجراءات المعاصرة للإجراء الباطل فإنها لا تبطل ما لم ترتبط به برباط لا يقبل التجزئة بسبب طبيعتها، أو طبيعة موضوعها [١].

---

(١) أبو الوفا، نظرية الدفوع، ص٣٣٨-٣٣٩.

المبحث الثاني

الدفع بالبطلان في الفقه الإسلامي

المطلب الأول: الدفع ببطلان أوراق التبليغ:

تمهيد:

تبتعد إجراءات الترافع أمام القضاء في الفقه الإسلامي إلى حد كبير عن التعقيد الذي سلكه القانون، ومن ذلك تبليغ المدعى عليه ودعوته إلى المحكمة، فالقانون رتب على ورقة التبليغ الكثير من الآثار وأغرق في شكليتها، ومع تلك السهولة في الفقه الإسلامي في دعوة المدعى عليه، وإحضاره أمام القاضي، فإنه يمكن القول أن هناك مجالاً للدفع ببطلان إجراءات التبليغ في الفقه الإسلامي، وهذا الأمر يتطلب بيان كيفية دعوة الخصم وإحضاره عند الفقهاء المسلمين، والطرق التي اتبعها القضاة المسلمون في ذلك، ولذلك سأتطرق في هذا الموضوع إلى موضوعين هامين، هما دعوة الخصم لخصمه، ودعوة القاضي للخصم، وكيفية إحضاره.

أولاً: دعوة الخصم لخصمه:

إذا تنازع خصمان في حق، ودعا أحدهما الآخر إلى الحضور معه عند القاضي، وجب على هذا الخصم إجابة دعوة خصمه والحضور عند القاضي للتحاكم، ودليل ذلك كما قال الفقهاء، قوله تعالى: ﴿ وَإِذَا دُعُوا إِلَى اللَّهِ وَرَسُولِهِ لِيَحْكُمَ بَيْنَهُمْ إِذَا فَرِيقٌ مِنْهُمْ مُعْرِضُونَ وَإِنْ يَكُنْ لَهُمُ الْحَقُّ يَأْتُوا إِلَيْهِ مُذْعِنِينَ أَفِي قُلُوبِهِمْ مَرَضٌ أَمِ ارْتَابُوا أَمْ يَخَافُونَ أَنْ يَحِيفَ اللَّهُ عَلَيْهِمْ وَرَسُولُهُ بَلْ أُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ إِنَّمَا كَانَ قَوْلَ الْمُؤْمِنِينَ إِذَا دُعُوا إِلَى اللَّهِ وَرَسُولِهِ لِيَحْكُمَ بَيْنَهُمْ أَنْ يَقُولُوا سَمِعْنَا وَأَطَعْنَا﴾ (النور: الآيات ٤٨-٥١)، جاء في تفسير ابن كثير: " قال ابن أبي حاتم، حدثنا أبي، حدثنا موسى بن إسماعيل، حدثنا مبارك، حدثنا الحسن قال: كان الرجل إذا كان بينه وبين الرجل منازعة، فدعي إلى النبي ﷺ وهو محق أذعن وعلم أن النبي ﷺ سيقضي له بالحق، وإذا أراد أن يظلم فدُعي إلى النبي ﷺ أعرض وقال: انطلق إلى فلان،

فأنزل الله هذه الآية، فقال رسول الله ﷺ: (من كان بينه وبين أخيه شيء فدُعي إلى حاكم من حكام المسلمين فلم يجب فهو ظالم لا حق له) (١).

ثم أخبر الله تعالى عن صفة المؤمنين المستجيبين لله ولرسوله، الذين لا يبغون ديناً سوى كتاب الله وسنة رسوله فقال: (إنما كان قول المؤمنين إذا دعوا إلى الله ورسوله ليحكم بينهم أن يقولوا سمعنا وأطعنا)، ولهذا وصفهم الله تعالى بالفلاح، فقال تعالى: ﴿وَأُولَئِكَ هُمُ المُفْلِحُونَ﴾ "(النور: من الآية٥١) (٢).

وقد ذهب جل الفقهاء إلى وجوب إجابة الخصم دعوة خصمه إلى القاضي للتحاكم، جاء في روضة القضاة:"كما يجب على المدعي الترفق بخصمه ليتمكن من استيفاء حقه، فكذلك يجب على المطلوب الإجابة إلى ما يدعى إليه، وأيهما تعدى آثم" (٣).

وقد فرق الفقهاء بين حالتين في حالة دعوة الخصم خصمه إلى القاضي:

الحالة الأولى: أن لا يكون للمدعي حق، فلا تلزم خصمه الإجابة.

الحالة الثانية: أن يكون للمدعي حق، فللحق هنا حالتان أيضاً:

إحداهما: أن لا يتوقف القيام بالحق على حكم حاكم، فإن كان المدعى عليه قادراً على القيام بالحق لزمه أداؤه، ولا يحل أن يماطل به، إلا بعذر شرعي، ولا تلزمه الإجابة إلى الحضور عند الحاكم، وإن كان المدعى عليه معسراً أيضاً لم تلزمه الإجابة إلى الحضور عند الحاكم، فإن علم الخصم عسرة خصمه لم تحل له مطالبته بالحق، ولا بالحضور إلى الحاكم، وإن جهل عسرته فينبغي أن يخرّج جواز إحضاره إلى الحاكم على الخلاف في حبس المعسر المجهول اليسار.

الحالة الثانية: أن يتوقف القيام بالحق على حكم الحاكم، كضرب أجل العنّين، فيتخير الزوج بين أن يطلق –ولا تلزمه الإجابة إلى الحضور إلى الحاكم– وبين أن يجيب الدعوة إلى الحضور إلى الحاكم، وليس له الامتناع من التطليق والحضور إلى الحاكم، وكذلك القسمة

---

(١) الدارقطني، سنن الدارقطني، كتاب في الأقضية والأحكام وغير ذلك، كتاب عمر رضي الله عنه إلى أبي موسى الأشعري، ٥٢١٤/٤، الطبراني، المعجم الكبير، ٢٢٥/٧.

(٢) ابن كثير: أبو الفداء إسماعيل الدمشقي (ت٧٧٤هـ)، تفسير القرآن العظيم، تحقيق: مصطفى السيد محمد وآخرون، مكتبة أولاد الشيخ التراث، مصر، ط١، ١٤٢١هـ-٢٠٠٠م، ٢٦٠/١٠.

(٣) السمناني، روضة القضاة، ١٧٢/١.

التي تتوقف على الحكم، ويتخير فيها المدعى عليه بين أن يُملك حصته لغيره، وبين الحضور عند الحاكم، وليس له الامتناع منهما، وكذلك الفسوخ الموقوفة على الحضور عند الحاكم [(١)].

ولو دعا خصمه إلى التحاكم في حق مختلف في ثبوته، فإن كان المدعى عليه يعتقد ثبوته فيجب عليه الحضور، وإن اعتقد انتفاءه لم تلزمه الإجابة، وإن طولب بدين، أو حق واجب على الفور، لزمه أداؤه، ولا يحل له أن يقول لخصمه لا أدفعه إلا بالحاكم؛ لأنه مطل، والمطل محظور لقوله ﷺ: (مطل الغني ظلم) [(٢)(٣)].

ومع القول بوجوب حضور الخصم مع خصمه إذا دعاه إلى القاضي، إلا أن هناك أعذاراً تبيح للمدعى عليه عدم إجابة خصمه إذا دعاه للتحاكم عند القاضي، ومن هذه الأعذار:

أ- المرض: اتفق الفقهاء أن المرض الذي لا يستطيع المدعى عليه معه الحضور بنفسه يسقط الحضور عنه، لقوله تعالى: ﴿وَلا عَلَى المَرِيضِ حَرَجٌ﴾ (الفتح: من الآية١٧).

ب- ويسقط الحضور إذا كان المدعى عليه امرأة مخدّرة أي غير برزة [(٤)]، لأن الحياء قد يمنع المرأة غير البرزة عن التكلم، وربما يصير ذلك سبباً لفوات حقها.

---

(١) العز بن عبد السلام، قواعد الأحكام، ٢/٦٢-٦٣.

(٢) البخاري، صحيح البخاري، كتاب الحوالات، باب في الحوالة، ٢/٧٩٩، صحيح مسلم، كتاب المساقاة، باب تحريم مطل الغني، ٣/١١٩٧، ابن بلبان، صحيح ابن حبان بترتيب ابن بلبان، كتاب الحوالة، ذكر الأمر بالاتباع لمن أحيل على مليء ماله، ١١/٤٣٥، النسائي، السنن الكبرى، كتاب البيوع، مطل الغني، ٤/٥٩، الجامع الصحيح، وهو سنن الترمذي، كتاب البيوع، باب من جاء وفي مطل الغني أنه ظلم، ٣/٦٠٠، الدارمي، عبد الله بن عبد الرحمن السمرقندي (ت٢٥٥هـ)، سنن الدارمي، تحقيق وتخريج فؤاد أحمد وخالد السبع العلمي، دار الكتاب العربي، ط١، ١٤٠٧هـ-١٩٨٧م، كتاب البيوع، باب في مطل الغني أنه ظلم، ٢٥/٣٣٨، مصنف ابن أبي شيبة، كتاب البيوع والأقضية، في مطل الغني وظلمه، ٤/٤٨٩.

(٣) العز بن عبد السلام، قواعد الأحكام، ٢/٦٢-٦٣.

(٤) المخدرة (أو الخفرة) هي المرأة التي لا تتظاهر بالخروج في أرب، وإن خرجت استخفت، ولم تعرف، وعكسها البرزة، وهي التي تتظاهر بالخروج في مأربها غير مستخفية، الماوردي، الحاوي، ١٦/٣٠٣.

ج- ويسقط الحضور إذا كان المدعى عليه مجنوناً، وكذلك بزوال العقل بالسكر والإغماء [١].

وجدير بالذكر أنه إذا امتنع الخصم عن الحضور مع خصمه قبل أن يدعوه القاضي، لم يكن للقاضي تأديبه على ذلك، وإن كان المدعى عليه آثماً بامتناعه عن الحضور مع خصمه [٢].

هذا وقد جاء في تحفة المحتاج أن الخصم لا يلزمه الحضور إلى مجلس القضاء إلا بطلب من القاضي، يقول صاحب التحفة:"لا يلزم الخصم الحضور لمجلس الشرع إلا بطلب من القاضي، وقد لا يوافق الطالبَ على أن له عليه حقاً، ويراه مبطلاً" [٣].

قد يفهم من هذا النص أن الخصم لا تلزمه إجابة دعوة خصمه إلى الحضور عند الحاكم على الإطلاق، ولكن لو دققنا في هذا النص نجد أن عدم الإلزام بالإجابة لا يؤخذ على إطلاقه، بل هو مقيد بما إذا اعتقد المدعى عليه أنه لا حق عليه للمدعي، وأن المدعي مبطل فيما يراه، ففي هذه الحالة لا تلزم المدعى عليه إجابة خصمه إلى الحضور عند الحاكم، ويؤيد ذلك ما ذكره العز بن عبدالسلام في قواعد الأحكام، حيث فرقَ بين حالتين عند دعوة الخصم خصمه إلى الحضور إلى الحاكم، وذكر حالة عدم وجود حق للمدعي على المدعى عليه، ففي هذه الحالة لا يلزم المدعى عليه الإجابة [٤]، ولعل هذا الذي ذكره العز بن عبد السلام هو بعينه ما جاء في تحفة المحتاج:"وقد لا يوافق الطالبَ على أن له عليه حقاً ويراه مبطلاً".

وجاء في أدب القاضي أن الخصم لا تلزمه إجابة خصمه فيما إذا قال: لي عليك كذا فاحضر معي إلى الحاكم، فهنا لا يلزمه الحضور، وإنما عليه قضاء الدين إذا كان معترفاً به، أما إذا قال لخصمه بيني وبينك محاكمة، ولم يعلمه بها ليخرج عنها، فيجب عليه الحضور [٥].

---

(١) السمناني، روضة القضاة، ١/١٧٢-١٧٣، الصدر الشهيد، حسام الدين عمر بن عبد العزيز بن مازَة البخاري (ت٥٣٦هـ)، شرح أدب القاضي للخصّاف (ت٢٦١هـ)، تحقيق محيي هلال السرحان، مطبعة الإرشاد، ١٩٨٧م، ٢/٣١٨.

(٢) السمناني، روضة القضاة، ١/١٧٣.

(٣) ابن حجر الهيتمي، تحفة المحتاج، ٤/٣٨٩.

(٤) العزبن عبدالسلام، قواعد الأحكام،٢/٦٢-٦٣.

(٥) ابن أبي الدم، أدب القضاء، ص٨٩.

دعوة القاضي للمدعى عليه، وكيفية تبليغه وإحضاره:

قد يستجيب الخصم لخصمه ويأتي معه إلى القاضي، وقد لا يستجيب، فإن كانت الثانية، وطلب المدعي من القاضي أن يحضر المدعى عليه، فهل يحضره القاضي بمجرد الدعوى؟ وهل لقرب المدعى عليه وبعده أثر في إحضاره؟ وما هي الطريقة التي يُبلغ بها المدعى عليه؟ وماذا لو امتنع المدعى عليه عن الحضور؟ هل يجبر على الحضور، أم يُحكم عليه غيابيا؟

إن الإجابة على هذه الأسئلة تتطلب أن تذكر تفصيلات كل مذهب على حدة، ذلك أن بعضهم فصل ما لم يفصله الآخر.

أولاً: الحنفية:

ذهب الحنفية إلى أنه إذا ادعى رجل على رجل، وطلب من القاضي أن يحضره، فإنه يفرق بين حالتين:

الحالة الأولى: أن يكون المدعى عليه في بلد القاضي، أو قريباً منه، بحيث لو أجاب داعي القاضي، فإنه يرجع إلى البيت ليقضي ليله فيه قبل أن يفسد عشاؤه، ففي هذه الحالة يحضر القاضي المدعى عليه استحساناً بمجرد الدعوى، والقياس أن لا يحضره بمجرد الدعوى؛ لأن الدعوى خبر محتمل، فلا يكون حجة، ولا تثبت به ولاية الإحضار.

ووجه الاستحسان أن ترك القياس بالآثار المشهورة جائز، وقد جاءت الآثار عن الصحابة والتابعين أنهم فعلوا ذلك من غير نكير [1].

الحالة الثانية: أن يكون المدعى عليه بعيداً عن مجلس القاضي بحيث لا يتمكن من الرجوع إلى بيته ويقضي فيه ليله، وقد اختلف فقهاء الحنفية في هذه الحالة، فذهب بعضهم إلى أن القاضي لا يحضر المدعى عليه إلا بعد أن يقيم المدعي البينة على دعواه، وهذه البينة تقام ليبرهن المدعي على دعواه، فيعلم صدقه، فيتم إحضار المدعى عليه، ولا تقام البينة للقضاء بموجبها، فلو حضر المدعى عليه أعاد المدعي البينة ثانية، فإن عدلت قضى بها.

وقال بعض الحنفية: أن البينة تقام على خصم، ولا خصم هنا، وبالتالي يحلف القاضي المدعي أنه صادق فيما يدعي ليعلم صدقه، فإن حلف أحضر المدعى عليه [2].

---

(١) الصدر الشهيد، شرح أدب القاضي، ٣٠٣/٢، وانظر: ابن عابدين، قرة عيون الأخيار، ٥٤٦/١١، حيدر، درر الحكام، ١٨٢/٤.

(٢) ابن عابدين، قرة عيون الأخيار، ٥٤٦/١١.

ومن الحنفية من قال: يستكشف القاضي حال المدعي، فيقول: هل كان لك معه خلطة، أو أخذ، أو عطاء، أو شركة، أو مضاربة، أو مبايعة؟ فإن قال: نعم، وفسر ذلك، أمر القاضي بإحضار المدعى عليه، وإلا فلا.

والأصح عند الحنفية أن المدعي يكلف بإثبات دعواه [(١)].

تبليغ المدعى عليه، وكيفية إحضاره:

ذهب الحنفية إلى أنه إذا ادعى شخص على آخر، وطلب من القاضي إحضار خصمه، فإن القاضي يعطيه طيناً، أو خاتماً، ويقول له: أره الخاتم، وادعه لي، وأشهد عليه، فإن حضر المدعى عليه فيها، وإن رفض وشهد بذلك مستوران، لم يسأل عنهما، وعند أبي حنيفة ومحمد –رحمهما الله– لا يقبل قول الشاهدين ما لم يعدلا، والرأي الأول هو المأخوذ به؛ لأن القاضي لو اشتغل بتعديلهما اختفى الخصم، مخافة العقوبة من القاضي، ثم إذا شهدا عند القاضي على امتناع المدعى عليه كتب القاضي إلى الوالي بإحضار المدعى عليه، فإذا حضر، وشهد الشهود على امتناعه عزره القاضي.

ثم إذا أخبر الوالي القاضي أنه لم يظفر بالمدعى عليه، وسأل المدعي القاضي الختم على باب المدعى عليه، فإن القاضي يكلف المدعي أن يأتي بشاهدين أنه في منزله؛ لأنه بتواريه يستحق العقوبة، والختم على بابه عقوبة؛ لأن بيته يصير سجناً له، ويحتاط القاضي في سؤال الشاهدين أنه في منزله، ويسألهما: من أين علمتما ذلك، فهذه شهادة قامت على عقوبة –وهي الختم على بابه– [(٢)].

ثم إذا ختم القاضي على بابه، قال أبو يوسف يبعث القاضي إلى داره رسولاً ومعه شاهدان، فينادي الرسول ببابه، بحضرة الشاهدين ثلاث مرات: يا فلان بن فلان، إن القاضي فلان بن فلان يقول لك: احضر مع خصمك فلان بن فلان، وإلا نصبت لك وكيلاً، وقبلت بينة عليك، فإذا فعل ذلك، ولم يخرج، نصّب له وكيلا، واستمع من شهود المدعي، وأمضى الحكم عليه [(٣)].

وهناك رواية عن أبي يوسف أن الخصم إذا توارى في منزله، وتبين ذلك للقاضي، فإن القاضي يوجه رجلين ممن يثق بهما، ومعهما جماعة من النساء والخدم، ومعهما الأعوان

---

(١) الصدر الشهيد، شرح أدب القاضي، ٢/٣٠٧.

(٢) الصدر الشهيد، شرح أدب القاضي، ٢/٣٢٣-٣٢٩.

(٣) ابن عابدين، قرة عيون الأخيار، ١١/٥٤٧، ابن نجيم، البحر الرائق، ٧/٣٤، الصدر الشهيد، شرح أدب القاضي، ٢/٣٢٩.

إلى منزله بغتة، حتى يهجموا عليه في منزله، فيكون الأعوان على الباب وحول الدار، حتى إذا خرج من ناحية على قصد الفرار أخذوه، ثم النساء يدخلن من غير استئذان، وينذرن حرم المطلوب، ليدخلن في بيته، ثم يدخل الرجال فيفتشون البيت، فإن لم يجدوه أمر النساء بتفتيش النساء؛ لأنه ربما يكون قد اختفى بين النساء، ولكن هناك من رأى أن في الهجوم هتكاً لستر المسلم، وحرمة بيته، وهذا لا يجوز في حق المسلم [(١)].

ثانيا: المالكية:

فرق المالكية كالحنفية بين أن يكون المدعى عليه في البلد، أو في غيره، فإن كان في البلد، أرسل القاضي إليه وأحضره، فإن اعتذر بمرض، أو شبهه، أمره بالتوكيل، وإن تغيب لغير عذر، أحضره قهراً.

وإن كان المدعى عليه على مسافة قريبة من البلد، كالفرسخ، والبريد، ونحوه مع الأمن في طريقه، ووصوله إلى القاضي، كتب إليه القاضي بأن يحضر مجلس الحكم، والكتابة إليه في هذه الحالة تغني عن بعث رسول يجلبه.

وإن كان المدعى عليه بعيداً بأن يكون على مسافة أكثر من ستين ميلاً، أو كان على مسافة أقل من ذلك، ولكن الطريق غير آمن، كتب القاضي إليه أن يرضي خصمه، أو يحضر معه [(٢)].

وقيل يكتب القاضي إلى أمثل القوم الذين فيهم المدعى عليه أن انظر في دعوى فلان بن فلان، واسمع من البينة وخاطبنا بما ثبت عندك وتراه في ذلك [(٣)].

---

(١) الصدر الشهيد، شرح أدب القاضي، ٢/٣٧٧-٣٤٣.

(٢) التسولي، أبو الحسن علي بن عبد السلام (ت١٢٥٨هـ)، البهجة في شرح التحفة للقاضي أبي بكر محمد بن عاصم الأندلسي (ت٨٢٩هـ)، ضبطه وصححه محمد عبد القادر شاهين، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١٤١٨هـ-١٩٩٨م، ١/٥٩-٦٠، التاودي، أبو عبد الله محمد بن محمد (ت١٢٠٩هـ)، حلي المعاصم لفكر ابن عاصم، وهو شرح أرجوزة تحفة الحكام لابن عاصم الأندلسي، ضبطه وصححه محمد عبد القادر شاهين، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٤١٨هـ-١٩٩٨م، ١/٥٩-٦٠.

(٣) ابن سلمون، أبو محمد عبد الله بن عبيد الله الكناني، العقد المنظم للحكام في ما يجري بين أيديهم من العقود والأحكام، وهو مطبوع على هامش كتاب تبصرة الحكام لابن فرحون، المطبعة الشرفية، مصر، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٣٠١هـ، ٢/١٩٩، التاودي، حلي المعاصم، ٢/٦٠.

وهذا الذي ذكر محله إذا كان المدعى عليه في بلد القاضي، فإن كان في بلد ليس للقاضي ولاية عليه، كتب القاضي إلى قاضي ذلك البلد الموجود فيه المدعى عليه، لينظر في الدعوى، ويخاطبه بما ثبت [١].

تبليغ المدعى عليه وكيفية احضاره:

ذهب المالكية إلى أنه إذا كان المدعى عليه في بلد القاضي، أو بمقربة منه أحضره القاضي بخاتم، أو بكتاب، أو برسول، فإن اعتذر بمرض، أو شبهه أمره بالتوكيل، وإن تغيب لغير عذر أحضره قهراً، فإن لم يجده طبع على باب داره، وإذا كان المدعى عليه بعيداً معلوم الموضع كتب إليه إما أن ترضي خصمك، أو تحضر معه [٢].

وبشكل عام إذا امتنع المدعى عليه من الحضور، كان سحنون يكتب بعقل ضياعه، ومنافعه، وسد بابه ليضطره إلى الحضور، فإن طال مغيبه سمع القاضي بينة المدعي، وأثبت حقه ودعواه في ماله إن كان له مال، وقيل يهجم عليه في داره، وقيل يرسل القاضي عدلين مع نساء وأعوان، فيكون الأعوان بالباب، ويدخل النساء ويفتشن الدار، ويكون ذلك بغتة [٣].

ثالثاً: الشافعية:

عند الشافعية إذا حضر المدعي إلى القاضي، وطلب منه إحضار خصمه، لم يخل حال خصمه من أن يكون حاضراً في بلد القاضي، أو غائباً عنه، وقد فرق الشافعية بين هاتين الحالتين، وفيما يلي أذكر تفصيلاتهم لهاتين الحالتين:

الحالة الأولى: أن يكون المدعى عليه حاضراً في بلد القاضي ويمكن إحضاره، فيجب هنا على القاضي أن يحضره قبل سماع الدعوى من المدعي، وتحريرها، ويحضره القاضي سواء عرف أن بينه وبين المدعي معاملة أو لم يعرف [٤].

ولكن متى كان للمدعى عليه عذر مانع من الحضور، لم يكلف بالحضور، بل يبعث القاضي إليه من يحكم بينه وبين خصمه، أو يأمر بنصب وكيل يخاصم عنه، فإن وجب تحليف، بعث القاضي إلى المدعى عليه من يحلفه، ومن الأعذار التي ذكرها الشافعية: المرض، والجنون، وأن يكون المدعى عليه امرأة غير برزة [٥].

---

(١) ابن جُزي، القوانين الفقهية، ص٣٢٠.

(٢) ابن جزي، القوانين الفقهية، ص٣٢٠.

(٣) ابن سلمون، العقد المنظم للحكام، ٢/١٩٩-٢٠٠.

(٤) النووي، روضة الطالبين، ٨/١٧٥، الماوردي، الحاوي، ١٦/٣٠١.

(٥) النووي، روضة الطالبين، ٨/١٧٦، الماوردي، الحاوي، ١٦/٣٠٣.

كما لا يحضر القاضي المدعى عليه إذا كان أجير عين، وحضوره يعطل حق المستأجر، فلا يحضر حتى تنقضي مدة الإجارة، ويظهر ضبط التعطيل المضر بأن يمضي زمن يقابل بأجرة وإن قلت، وكذلك لا يحضر القاضي من الحكم بينهما غير لازم، كمعاهد على مثله، أو من وكّل فيقيل وكيله (١).

الحالة الثانية: أن يكون المدعى عليه غائباً عن بلد القاضي، وفي هذه الحالة لا يخلو حاله إما أن يكون في محل ولاية القاضي، وإما أن يكون خارج ولاية القاضي.

فإن كان خارجاً عن محلة ولاية القاضي، فليس للقاضي إحضاره؛ لأنه لا ولاية له عليه، ولكن يجوز للقاضي أن يسمع الدعوى والبينة على المدعى عليه، ليكاتب به قاضي البلد الذي فيه المطلوب، وللقاضي في مكاتبته حالتان: الحالة الأولى: أن يكاتبه بسماع البينة، ليتولى القاضي المكتوب إليه الحكم بها على المدعى عليه، فهذا جائز عند مَنْ يرى القضاء على الغائب، وعند من لا يراه.

الحالة الثانية: أن يحكم بالبينة بعد سماعها ويكاتب القاضي بحكمه، فهذا جائز عند من يرى القضاء على الغائب، وعلى القاضي في هذا القضاء على الغائب أن لا يحكم للمدعي بعد سماع البينة، إلا بعد إحلافه بالله إن كان الحق في الذمة أنه ما قبضه ولا شيئاً منه، ولا برئ إليه منه، ولا شيء منه، وإن كان الحق في عين قائمة، أحلفه: أن ملكه عليها باقٍ ما زال عنها، ولا عن شيء منها، وذهب بعض الشافعية إلى أن القاضي يطالب المحكوم له بكفيل، لجواز أن يتجدد ما يوجب بطلان الحكم، فيؤخذ به الكفيل، إلا أن جمهور الشافعية يرون أن مطالبته بكفيل لا تجب لأمرين، أحدهما: أنها كفالة بغير مستحق، والثاني: أن قضاءه على الغائب كقضائه على الميت والصبي، والصبي والميت لا يلزم أخذ الكفالة في القضاء عليهما، كذلك لا يلزم في القضاء على الغائب (٢).

وأما إن كان الخصم غائباً عن بلد القاضي، ولكنه موجود ضمن حدود ولايته، فإن كان للقاضي نائب في مكان وجود المدعى عليه، لم يحضره، بل يسمع البينة، ويكتب بها إلى نائبه، وقيل يلزم إحضار المدعى عليه إذا طلب الخصم إحضاره، وقيل يتخير بين الأمرين، والأصح الأول.

---

(١) ابن حجر الهيتمي، تحفة المحتاج، ٣٨٩/٤.

(٢) الماوردي، الحاوي، ٣٠٣/١٦.

وإن لم يكن للقاضي نائب في مكان وجود المدعى عليه، فقد اختلف الشافعية في ذلك على ثلاثة أقوال:

القول الأول: أن القاضي يحضره قربت المسافة، أم بعدت، لكن للقاضي أن يبعث إلى بلد المدعى عليه من يحكم بينه وبين المدعي.

القول الثاني: إن كان المدعى عليه دون مسافة القصر، أحضره القاضي، وإلا فلا.

القول الثالث: إن كان على مسافة العدوى، أحضره القاضي، وإلا فلا، وهذا القول هو الأصح عند الإمام الشافعي -رحمه الله- [١].

وعند من قال بإحضار المدعى عليه الغائب عن البلد، ولكنه موجود في ولاية القاضي، فقد ذكر الغزالي -رحمه الله- أن القاضي يحضره إذا أقام المدعي بينة على ما يدعيه، فقد لا يكون له حجة، فيتضرر الخصم بالإحضار، لكن جمهور الشافعية قالوا: يبحث القاضي عن جهة دعواه، فقد يريد مطالبته بما لا يعتقده، كذمي أراد مطالبة مسلم بضمان خمر [٢].

تبليغ المدعى عليه وكيفية إحضاره:

إذا وجب على القاضي إحضار المدعى عليه بطلب من المدعي، فالقاضي في إحضاره بالخيار بين أن يبعث عوناً مع المدعي، يحضرون المدعى عليه، وبين أن يختم للمدعي بخاتمه المعروف، ويكون مكتوبا عليه أجب القاضي فلان بن فلان، وبين أن يجمع له العون والختم، بحسب ما يؤديه الاجتهاد إليه من قوة الخصم وضعفه [٣].

فإن أخبر القاضي أن المدعى عليه امتنع من الحضور بعد استدعائه، فإن كان الذي أخبره بالامتناع العون الذي ائتمنه، فيقبل قول العون من غير بينة، وإن أخبره المدعي بالامتناع، لم يقبل قوله إلا بشاهدي عدل، فإذا ثبت عند القاضي امتناعه من الحضور، كان القاضي مخيراً فيه بحسب اجتهاده بين ثلاثة أمور: إما أن يحضره جبراً بأهل القوة من أعوانه، وإما أن ينهي أمره إلى ذي سلطان يحضره جبراً، وإما بما اختاره أبو يوسف، أن ينادي على بابه ثلاثاً، بما يتوجه عليه الامتناع، وبما يمضيه عليه من الحكم، فإذا تعذر

---

(١) النووي، روضة الطالبين، ١٧٦/٨.

(٢) النووي، روضة الطالبين، ١٧٦/٨، الماوردين الحاوي، ٣٠٣/١٦.

(٣) المحلي، كنز الراغبين، ٤٧٥/٤، ابن حجر الهيتمي، تحفة المحتاج، ٣٨٩/٤، الماوردي، الحاوي، ٣٠١/١٦.

حضور مع هذه الأقوال كلها، سأل القاضي المدعي: ألك بينة؟ فإذا كان له بينة أذن له في إحضارها، وأمره بتحرير دعواه، وسمع بينته بعد تحريرها وحكم عليه بعد النداء على بابه، بإنفاذ الحكم عليه، وإذا قال المدعي ليست لي بينة، فقد اختلف الشافعية في ذلك، فهل يكون امتناع المدعى عليه من الحضور كالنكول، وبالتالي ترد اليمين على المدعي؟ اختلفوا في هذا على قولين:

أحدهما: أن الامتناع لا يجعل نكولاً؛ لأن النكول يكون بعد سماع البينة، وسؤال المدعى عليه عن الجواب، فيصيران شرطين في النكول، وهما مفقودان مع عدم الحضور.

والقول الثاني: أن الامتناع أشبه أن يجعل كالنكول بعد النداء على بابه بمبلغ الدعوى، وإعلامه بأنه سيحكم عليه بالنكول؛ لوجود شرطي النكول في هذا النداء، فعلى هذا يسمع القاضي الدعوى محررة، ثم يعيد النداء على باب الخصم الممتنع ثانية بأنه سيحكم عليه بالنكول، فإذا امتنع من الحضور بعد النداء الثاني، حُكم بنكوله، وردّ اليمين على المدعي، وحكم له بالدعوى إذا حلف [1].

رابعاً: الحنابلة:

مذهب الحنابلة في إحضار المدعى عليه قريب جداً من مذهب الشافعية، فقد فرق الحنابلة بين كون المدعى عليه في البلد أو كونه غائباً عن بلد القاضي.

فإن كان المدعى عليه في بلد القاضي، وطلب المدعي إحضاره، لزم الحاكم إحضاره، ولو لم يحرر المدعي دعواه؛ لأن ضرر فوات الحق أعظم من حضور مجلس الحكم، ويحضره القاضي سواء علم أن بينهما معاملة، أو لم يعلم، وإن شاء المدّعى عليه وكّل من يقوم مقامه إن كره الحضور، فإن امتنع من الحضور، أعلم القاضي الوالي به ليحضره، ولا يرخص للمدعى عليه في تخلفه، فإذا أحضر بعد امتناعه، وثبت امتناعه عزره القاضي.

وإن لم يكن المدعى عليه في بلد القاضي، فإن كان خارج حدود ولاية القاضي، لم يحضره لأنه لا ولاية له عليه، أما إذا كان الغائب موجوداً في ولاية القاضي، فإن كان للقاضي نائب في مكان وجود المدعى عليه الغائب، وكان للمدعي بينة حاضرة، وثبت الحق عند القاضي، فإنه يكتب بما ثبت عنده إلى نائبه، ولا يحضر المدعى عليه الغائب لعدم الفائدة في إحضاره.

---

(١) الماوردي، الحاوي، ١٦/٣٠١-٣٠٣.

فإن لم يكن للقاضي نائب في مكان وجود المدعى عليه، ولكن يوجد في مكانه من يصلح للقضاء، فإنه يأذن له في الحكم بينهما، فيكون نائباً عنه في تلك القضية، وإن لم يكن فيه من يصلح للقضاء، كتب القاضي إلى ثقات أهل ذلك المكان ليتوسطوا بينهما؛ لأن ذلك طريق إلى قطع الخصومة مع عدم المشقة الحاصلة بالإحضار، فإن لم يقبل الخصمان الوساطة، أو تعذر وجود من يتوسط بينهما، قال القاضي للمدعي حرر دعواك، فإذا تحررت دعواه أحضر خصمه ولو بعدت المسافة؛ لأنه لابد من فصل الخصومة، وقد تعين ذلك بإحضار المدعى عليه [١].

تبليغ المدعى عليه وكيفية إحضاره:

عند الحنابلة يتم إحضار المدعى عليه إذا كان حاضراً في البلد أو غائباً ولكنه مع غيابه موجود ضمن حدود ولاية القاضي الذي رفعت عنده الدعوى، ولإحضاره فإن القاضي يبعث مع المدعي عوناً يحضرون خصمه، وإن شاء القاضي بعث مع المدعي خاتماً، فإن امتنع، أحضره الوالي، وعزره القاضي، فإن اختفى المدعى عليه، بعث الحاكم من ينادي على بابه ثلاثة بأنه إن لم يحضر سمّر عليه منزله، وختم عليه لتزول معذرته، فإن لم يحضر، وسأل المدعي أن يسمّر عليه منزله، ويختم، أجاب القاضي طلبه، فإن أصرّ المدعى عليه على الامتناع، حُكم عليه كغائب عن البلد فوق مسافة القصر [٢].

الدفع ببطلان إجراءات التكليف بالحضور:

من خلال استعراض أقوال الفقهاء في كيفية تبليغ المدعى عليه وتكليفه بالحضور، يتبين أن الإجراءات المتبعة في ذلك بعيدة إلى حد كبير عن الإغراق في الشكلية التي اتبعها قانون أصول المحاكمات في ورقة تكليف الخصم بالحضور، ومع ذلك يمكن القول أن هناك فكرة للدفع ببطلان إجراءات التبليغ والتكليف بالحضور في الفقه الإسلامي، فقد مر أن الفقهاء ذكروا إجراءات تبليغ المدعى عليه سواء كانت بإرسال المحضرين إليه، أو الأختام، وقد فصلوا كثيراً في ذلك، حتى أنهم ذكروا أن المدعي إذا أخبر القاضي امتناع الخصم من الحضور بعد دعوة القاضي له، فإن قول المدعي لا يقبل إلا بشاهدين، وبناءً على ما ذكره الفقهاء في هذا المجال يمكن القول بأن المدعى عليه يستطيع الدفع ببطلان إجراءات التبليغ

---

(١) البهوتي، كشاف القناع، ٦/٤١٤، البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ٣/٥٠٩-٥١٠.

(٢) البهوتي، كشاف القناع، ٦/٤١٥.

والتكليف بالحضور، وبالتالي يستطيع أن يدفع ببطلان الحكم الصادر بحقه غيابياً، فيما لو أثبت بطلان إجراءات تبليغه، فالفقهاء جميعهم ذكروا أنه إذا توارى المدعى عليه، وامتنع من الحضور فإن القاضي يكلف المدعي بإثبات دعواه، ليحكم بمقتضى ذلك على المدعى عليه المتواري، ولكن إذا حُكم عليه غيابياً، وتبين أن إجراءات التبليغ كانت باطلة، وليست على وفق ما هو مقرر، ألا يستطيع المدعى عليه أن يدفع ببطلان هذه الإجراءات؟ وليؤخذ مثالاً على ذلك ما ذكره الحنفية، والشافعية من أن المدعي إذا ذكر أن الخصم ممتنع من الحضور، فإنه لا يقبل قول المدعي إلا بشاهدين، ماذا لو تبين كذب الشهود، وأن المدعى عليه لم يبلغ؟ ألا يستطيع المدعى عليه أن يدفع بذلك؟ وماذا لو أثبت المدعى عليه دفعه؟ ألا يستحق الحكم أن يبطل؟ نعم يستطيع المدعى عليه فعل ذلك، ويمكن أن يبطل الحكم.

ولكن في المقابل حتى وإن كانت إجراءات التبليغ باطلة، فإن حضور المدعى عليه يصحح تلك الإجراءات، وبالتالي يسقط حقه في الدفع ببطلان هذه الإجراءات.

المطلب الثاني: الدفع ببطلان صحيفة الدعوى:

كانت الدعوى في الفقه الإسلامي ترفع إلى القاضي شفوياً، فيبدي المدعي كل طلباته في دعواه شفوياً، ويجوز أن تكون مكتوبة على صحيفة تقدم إلى القاضي يقرأها على مسمع منه ومن المدعى عليه إذا حضر، كما تصح من الأخرس بإشارته المعهودة في حالة عجزه عن الكتابة [١].

ولكي يتم النظر في الدعوى، لابد أن تكون هذه الدعوى صحيحة، وقد اشترط الفقهاء لصحتها شروطاً كثيرة، وهذه الشروط منها ما يتعلق بالمتداعيين، ومنها ما يتعلق بالمدعى به، ومنها ما يتعلق بالدعوى ذاتها، وتخلف هذه الشروط أو بعضها يبطل صحة الدعوى، وبالتالي يمتنع القاضي من النظر فيها، والمدعى عليه من الجواب عليه.

جاء في شرح منتهى الإرادات:"يشترط لصحة الدعوى تحريرها، فإن تحريرها يرتب الحكم عليها، ولذلك قال النبي ﷺ: (إنما أقضي على نحو ما أسمع) [٢]، ولا يمكن الحكم عليها

---

(١) ياسين، نظرية الدعوى، ص٤٦٤.

(٢) البخاري، صحيح البخاري، كتاب الأحكام، باب موعظة الإمام للخصوم، ٢٦٢٢/٦، النسائي، السنن الكبرى ، ٤٦٨/٣، صحيح ابن حبان بترتيب ابن بلبان، ٤٦٠/١١، أبو داود، سنن أبي داود، ٣٠١/٣.

مع عدم تحريرها، فلو كانت الدعوى بدين على ميت، ذكر موته، وحرر الدين، فإن كان أثماناً ذكر جنسه ونوعه وقدره وحرر التركة" [١].

وقد توخيت الدقة في أن اختار الشروط التي يترتب على تخلفها عدم صحة الدعوى، وهو ما يشبه في قانون أصول المحاكمات بطلان صحيفة الدعوى، وربما يجد غيري أن هناك شروطاً ينبغي ذكرها، ولم أذكرها، فإن ذكرتها جميعاً فذلك توفيق من الله -عز وجل-، وإن نقصت منها، فذلك تقصير مني، وهذه الشروط هي:

أ- معلومية المدعى به: أجمع الفقهاء المسلمون على أن الدعوى لا تصح حتى يبين المدعي المدعى به بياناً وافياً؛ لأن فائدة الدعوى الإلزام، والإلزام في المجهول لا يتحقق، ولتعذر القضاء والشهادة بالمجهول [٢]. فإن ادعى ديناً فلا بد من بيانه بالوصف، ولابد من ذكر السبب عند الحنفية [٣]. وعند الشافعية إذا شاء ذكر السبب [٤]، أما إذا كان المدعى به منقولاً وفي يد المدعى عليه، كلف المدعي إحضاره إلى مجلس القضاء، ليشير إليه، وإذا تعذر الإحضار، حضر الحاكم عنده، أو بعث أميناً [٥]، وإذا كان المدعى به عقاراً ذكر حدوده، والمحلة التي هو فيها، وذكر أسماء أصحاب الحدود [٦].

ومع اتفاق الفقهاء على اشتراط معلومية المدعى به لصحة الدعوى، إلا أنهم استثنوا كثيراً من الدعاوى التي يجوز فيها أن يكون المدعى به مجهولاً، ومن هذه الدعاوى[٧]:

أولاً: دعوى الإبراء، فقد أجاز فقهاء الحنفية دعوى الإبراء بالمجهول [٨].

---

(١) البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ٥١٣/٣.

(٢) ابن نجيم،البحر الرائق، ٣٣٣/٧، الكاساني، بدائع الصنائع، ٤١١/٨، ابن فرحون، تبصرة الحكام، ١٥٠/١، القرافي، الفروق، ١٢٠٩/٤ فرق ٢٣١، الشربيني، مغني المحتاج، ١٠٩/٤، ابن حجر الهيتمي، تحفة المحتاج، ٨٦/٤، البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ٥١٤/٣.

(٣) ابن نجيم، البحر الرائق، ٣٤٣/٧-٣٤٤.

(٤) الماوردي، الحاوي، ٣٠٦/١٦.

(٥) الكاساني، بدائع الصنائع، ٤١١/٨-٤١٢.

(٦) ابن نجيم، البحر الرائق، ٣٣٥/٧-٣٣٩، ابن فرحون، تبصرة الحكام، ١٥٥/١،الماوردي، الحاوي، ٣٠٦/١٦.

(٧) انظر تفصيل ذلك: ياسين، نظرية الدعوى، ٣٦٦-٣٦٨.

(٨) ابن عابدين، قرة عيون الأخيار، ٥٥٠/١١، ابن عابدين، منحة الخالق، ٣٣٣/٧.

ثانياً: دعوى الإقرار: أجاز كثير من الفقهاء دعوى الإقرار بالمجهول، فالإقرار إخبار عن وجوب في الذمة، وعلى المدعى عليه بيان ما أخبر عن وجوبه في ذمته [١]، وقد خالف بعض الفقهاء صحة دعوى الإقرار بالمجهول، وقالوا: إن دعوى الإقرار بالمعلوم لا تجوز فكيف بالمجهول [٢].

ثالثاً: دعوى الوصية: أجاز كثير من الفقهاء أيضاً دعوى الوصية بالمجهول؛ لأن الوصية يجوز ابتداءً أن تكون مجهولة، فكذا الدعوى بها [٣].

رابعاً: وتصح أيضاً دعوى الغصب، والسرقة، والإتلاف بالمجهول [٤]؛ لأن المدعى عليه هو المتفرد بسبب الدعوى، فيقصد إلى الكتمان فيتعسر فيه التعيين، بخلاف البيع وشبهه؛ لأنه ينشأ عن اختيار العاقدين، فيضبط كل صاحبه، وقيل أن هذه الدعاوى لا تسمع على مجهول [٥].

ب- ويشترط لصحة الدعوى تعيين المدعى عليه، فلابد من بيان الخصم في الدعوى [٦].

ج- ويشترط تعيين المدعي، جاء في حاشية القليوبي:"شروط الدعوى: كونها مفصلة ملزمة غير متناقضة، من معين ملتزم على مثله" [٧].

فقوله:"من معين" يدل على أنه ينبغي تعيين المدعي وبيانه، فقد يكون المدعي وكيلاً، أو وصياً، أو قيماً، فلابد إذا من تعيين المدعي.

د- ويشترط أن يذكر المدعي أن المدعى به في يد المدعى عليه؛ لأن المدعى عليه يصير خصماً بكون المدعى به في يده، فإن لم يكن في يده، فلا خصومة بينهما، وفي دعوى

---

(١) ابن عابدين، منحة الخالق، ٣٣٣/٧، القرافي، الفروق، ١٢١٠/٤ فرق ٢٣١، القليوبي، حاشية القليوبي، ٢٥٠/٤، البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ٥١٣/٣.

(٢) ابن رجب، القواعد، ٤٢٢/٢-٤٢٣.

(٣) ابن عابدين، قرة عيون الأخيار، ٥٥٠/١١، حاشية القليوبي، ٢٥٠/٤، ، شرح منتهى الإرادات، ٥١٣/٣.

(٤) ابن عابدين، قرة عيون الأخيار، ٥٥٠/١١، ابن حجر الهيتمي، تحفة المحتاج، ٨٧/٤.

(٥) ابن حجر الهيتمي، تحفة المحتاج، ٨٧/٤.

(٦) ابن عابدين، قرة عيون الأخيار، ٥٤٤/١١، المحلي، كنز الراغبين، ٢٥٠/٤.

(٧) القليوبي، حاشية القليوبي، ٢٤٩/٤.

الغصب يجوز رفعها على ذي اليد، وعلى الغاصب، حتى لو لم تكن في يد الغاصب، فهذا هو الشأن في دعوى الفعل [١].

هـ- ولابد أن يذكر المدعي أن المدعى به في يد المدعى عليه بغير حق، لاحتمال كونه مرهوناً في يده، أو محبوساً بثمن [٢].

جاء في تبصرة الحكام:"إن كانت الدعوى في شيء من الأعيان، وهو بيد المدعى عليه، فتصحيح الدعوى أن يبين ما يدعي، ويذكر أنه في يد المطلوب بطريق الغصب، أو الوديعة، أو الرهن، أو الإجارة، أو المساقاة" [٣].

فقوله:"ويذكر أنه في يد المطلوب بطريق الغصب.." ليعرف هل المدعى به بيد المدعى عليه بحق، أو بغير حق.

و- ويشترط أن تكون الدعوى محققة، فلو قال: أظن أن لي عليه ألفاً، لا تسمع الدعوى؛ لأنه لا ينبغي للقاضي إحضار المدعى عليه بمجرد الوهم من المدعي [٤].

ز- ولابد أن يذكر المدعي أنه يطالب بحقه، ويصرح بذلك، سواء كان المدعى به عيناً أو ديناً، منقولاً، أو عقاراً، فلو قال: لي عليه ألف درهم ولم يزد على ذلك، لم يصح ما لم يقل للقاضي مره حتى يعطيه، وقيل تصح الدعوى ولو لم يصرح بالطلب، وهو الصحيح عند الحنفية، وعلة ذكر المطالبة هي احتمال رهنه، أو حبسه بالثمن، أو لدفع التأجيل في نحو الدين، وكل ذلك يزول بالمطالبة، إذ لا مطالبة إذا كان المدعى به محبوساً بحق [٥].

هذه هي أهم الشروط التي يترتب على فقدان أحدها عدم صحة الدعوى، وبالتالي لو رفع شخص دعوى على آخر، ولم يلتزم بهذه الشروط، أو بأحدها، كانت دعواه غير صحيحة، الأمر الذي يترتب عليه امتناع القاضي عن النظر في الدعوى، وكذلك عدم تكليف المدعى عليه بالجواب، وبناء على هذا إذا تخلف أحد هذه الشروط يستطيع القاضي الدفع بعدم صحة

---

(١) ابن نجيم، البحر الرائق، ٧/٣٤١-٣٤٢، قرة عيون الأخيار، ١١/٥٧٢،الكاساني، بدائع الصنائع، ٨/٤١٢.

(٢) ابن عابدين، قرة عيون الأخيار، ١١/٥٧٠-٥٧١.

(٣) ابن فرحون، تبصرة الحكام، ١/١٥٤.

(٤) ابن فرحون، تبصرة الحكام، ١/١٥٣، ابن جزي، القوانين الفقهية، ص٣٢١، القرافي، الفروق، ٤/١٢٠٩.

(٥) ابن عابدين، قرة عيون الأخيار، ١١/٥٧٣، وانظر: البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ٣/٥١٤.

الدعوى، وبالتالي الدفع ببطلان صحيفة الدعوى، كما يستطيع المدعى عليه إبداء الدفع بذلك، صحيح أن الدعوى لن ترد كلياً، ولن تزول، ولكن القاضي سيمتنع عن النظر في الدعوى، الأمر الذي يترتب عليه تأخير النظر في الدعوى حتى يتم تصحيحها، وتأخير النظر في الدعوى هو أحد أهداف الدفوع الشكلية.

هذا وقد صرح الفقهاء بوجوب امتناع القاضي من النظر في الدعوى، إذا كانت غير صحيحة، جاء في تبصرة الحكام:"وإن نقص من دعواه ما فيه بيان مطلب أَمْرَهُ بتمامه، وإن أتى بإشكال أمرَه ببيانه، فإن صحت الدعوى سأل المطلوب عنها" [١]. فهذا النص صريح في أن القاضي لا ينظر في دعوى المدعي إذا كان فيها نقص أو إشكال، وهذا بعينه الدفع ببطلان صحيفة الدعوى.

وجاء في كنز الراغبين:"إذا أطلق المدعي ولم يفصل، قولان عند الشافعية: القول الأول: استفصله القاضي بما ذكر لتصح بتفصيله الدعوى، القول الثاني: أن القاضي يعرض عن المدعي كيلا ينسب إلى القاضي أنه لقن المدعي، وعلى ذلك فلا يلزم القاضي الاستفصال بل يعرض عن المدعي" [٢].

وصلِّ اللهم وسلم على حبيبك محمد صلى الله عليه وسلم، كلما ذكره الذاكرون، وغفل عنه الغافلون، والحمد لله ربّ العالمين.

---

(١)ابن فرحون، تبصرة الحكام، ٥٧/١.

(٢) المحلي، كنز الراغبين، ٢٤٩/٤-٢٥٠، وانظر: ابن حجر الهيتمي، تحفة المحتاج، ٨٦/٤.

الخاتمة

وتشمل أهم النتائج التي توصل إليها الباحث، وهي:-

١. أن الدفع بمفهومه الاصطلاحي ليس له تعريف في كتب الفقهاء القدامى؛ وذلك لأنهم اعتبروه دعوى.

٢. ذكر الفقهاء المسلمون نوعين من الدفوع، هما: الدفع الموضوعي وهو الذي يقصد به إبطال دعوى المدعي، والدفع بعدم الخصومة ويقصد به إنكار صفة المدعي عليه في الدعوى المرفوعة عليه.

٣. للدفع في قانون أصول المحاكمات المدنية ثلاثة أنواع هي : الدفع الموضوعي، والدفع بعدم القبول، والدفع الشكلي .

٤. من خلال عرض أنواع الدفوع الشكلية في قانون أصول المحاكمات المدنية، ومقارنتها بما ورد في الفقه الإسلامي، تبين أن هناك وجودا لهذه الدفوع في الفقه الإسلامي، فالفقهاء وإن لم يصرحوا بهذه الدفوع، إلا أن ما ذكروه من أحكام، وتفصيلات تتعلق بكيفية التقاضي، يدل على أن للدفوع الشكلية مجالا في الفقه الإسلامي، وبهذا يتبين أن شريعتنا الإسلامية قد نظمت التقاضي تنظيما دقيقا، يوازي ما سنته القوانين الحديثة .

٥. فالدفع بعدم الاختصاص بأنواعه المذكورة في القانون له أصل في فقهنا الإسلامي، فقد أقر الفقهاء تخصيص القضاء، الأمر الذي يترتب عليه وجود مجال لفكرة الدفع بعدم الاختصاص في الفقه الإسلامي.

٦. وأما الدفع بالإحالة فإن نصوص الفقهاء تدل على أن هذا الدفع لا يتعارض مع الأصول العامة للتقاضي في الفقه الإسلامي.

٧. أن الدفع بالبطلان الذي ذكره القانون يتفق أيضا مع النصوص التي ذكرها الفقهاء في هذا المجال، وبالتالي يمكن القول بوجود فكرة لهذا الدفع في فقهنا الإسلامي.

قائمة المراجع

- إبراهيم مصطفى وأحمد حسن الزيات، وحامد عبد القادر ومحمد علي النجار، **المعجم الوسيط**، مجمع اللغة العربية الإدارة العامة للمعجمات وإحياء التراث، دار الدعوة – استنابول .

- ابن أبي الدم، شهاب الدين أبو إسحاق إبراهيم بن عبد الله الحموي الشافعي (ت ٦٤٢ هـ)، **كتاب أدب القضاء وهو الدرر المنظومات في الأقضية والحكومات**، (تحقيق د. محمد مصطفى الزحيلي)، جامعة دمشق .

- ابن أبي شيبة، أبو بكر عبد الله بن محمد الكوفي العيسي (ت ٢٣٥ هـ)، **المصنف في الأحاديث والآثار**، (ط١). (تقديم وضبط كمال يوسف الحوت)، دار التاج ، ١٤٠٩ هـ – ١٩٨٩ م .

- الآبي، صالح عبد السميع الأزهري، **جواهر الإكليل شرح مختصر خليل في مذهب الإمام مالك**، (ط١). (ضبطه محمد عبد العزيز الخالدي)، دار الكتب العلمية، ١٤١٨ هـ – ١٩٩٧ م .

- الأصفهاني، أبوالقاسم الحسين بن محمد، **المفردات في غريب القرآن**، (ط١). (ضبطه، وراجعه محمد خليل عيتاني)، دار المعرفة – بيروت، ٤١٨ هـ – ١٩٩٨ م.

- التحيوي، محمود السيد عمر، (٢٠٠١). **الاختصاص القضائي للمحاكم العادية في قانون المرافعات المصري بين النظرية والتطبيق**، دار المطبوعات الجامعية – الاسكندرية.

- أنطاكي، رزق الله، (١٩٦١). **أصول المحاكمات في المواد المدنية والتجارية**، (ط٣).مطبعة جامعة دمشق.

- الأوزجندي ، فخر الدين حسن بن منصور الفرغاني الحنفي (ت٢٩٥)، **فتاوى قاضيخان**، (ط٤). وهي مطبوعة بهامش الفتاوى الهندية، دار إحياء التراث العربي ١٤٠٦ هـ.

- البخاري، أبوعبد الله محمد بن إسماعيل، **صحيح البخاري**، (ط٣). (تحقيق د. مصطفى البغا)، دار ابن كثير دمشق، اليمامة للطبع والنشر، بيروت، ١٤٠٧ هـ، ١٩٨٧ م .

- أبو البصل، عبد الناصر موسى، (٢٠٠٠). **نظرية الحكم القضائي في الشريعة**

والقانون، (ط١).تقديم أ.د محمد نعيم ياسين، دار النفائس.

- أبوالبقاء، أيوب بن موسى الحسيني الكفوي، **الكليات معجم في المصطلحات والفروق اللغوية**، (ط١). (مقابلة وإعداد عدنان درويش و محمد المصري)، مؤسسة الرسالة، بيروت، ١٩٩٢ م

- أبو بكر، محمد خليل(١٩٩٦)، **دفوع عدم القبول ونظامها الإجرائي**، (ط١).دار الثقافة.

- ابن بلبان، علاء الدين علي الفارسي (ت ٧٣٩ هـ)، **صحيح ابن حبان بترتيب ابن بلبان**، (ط٢). (حققه، وخرّج أحاديثه شعيب الأرنؤوط)، مؤسسة الرسالة، ١٤١٤ هـ - ١٩٩٣ م .

- البهوتي، منصور بن يونس بن إدريس (ت ١٠٥١ هـ)، **كشاف القناع على متن الإقناع للحجاوي**، (ط١)، (قدم له أ.د كمال عبد العظيم العناني، حققه أبو عبد الله محمد حسن محمد حسن إسماعيل الشافعي)، دار الكتب العلمية - بيروت، ١٤١٨ هـ - ١٩٩٧م.

- البهوتي، منصور بن يونس بن إدريس (ت ١٥١ هـ)، **شرح منتهى الإرادات المسمى دقائق أولي النهى لشرح المنتهى**، (ط٢). عالم الكتب، بيروت، ١٤١٦ هـ - ١٩٩٦م.

- البهوتي، منصور بن يونس بن صلاح الدين البهوتي الحنبلي (ت ١٠٥١ هـ)، **إرشاد أولي النهى لدقائق المنتهى، حاشية على منتهى الإرادات**، (ط١). (تحقيق أ.د عبد الملك بن عبد الله بن دهيش). دار خضر - بيروت، ١٤٢١ هـ - ٢٠٠٠م .

- البيهقي، أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي (ت٤٥٨هـ)، **السنن الكبرى**، (ط١). (تحقيق عبد القادر عطا)، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤١٤ هـ - ١٩٩٤م.

- التاودي، أبو عبد الله محمد بن محمد (ت ١٢٠٩ هـ)، **حلي المعاصم لفكر ابن عاصم وهو شرح أرجوزة تحفة الحكام لابن عصام الأندلسي**، (ط١). (ضبطه وصححه محمد عبد القادر شاهين)، دار الكتب العلمية - بيروت، ١٤١٨ هـ - ١٩٩٨م.

- الترمذي، أبو عيسى محمد بن عيسى بن سورة، (ت ٢٩٧ هـ)، **الجامع الصحيح وهو سنن الترمذي**، (تحقيق، وتخريج، وتعليق محمد فؤاد عبد الباقي)، دار إحياء التراث العربي.

- التسولي، أبو الحسن علي بن عبد السلام، (ت ١٢٥٨ هـ)، **البهجة في شرح التحفة، على الأرجوزة المسماة بتحفة الحكام**، (ط١). للقاضي أبي بكر محمد بن محمد عاصم الأندلسي (ت ٨٢٩ هـ)، (ضبطه، وصححه محمد عبد القادر شاهين)، دار الكتب

العلمية – بيروت، ١٤١٨ هـ – ١٩٩٨ م .

- التمرتاشي، شمس الدين محمد بن عبد الله بن شهاب بن أحمد الحنفي، **كتاب متن تنوير الأبصار وجامع البحار**، مطبعة حسن أحمد الطوخي ١٨٨٠ م .

- ابن تيمية، أبو العباس تقي الدين أحمد بن عبد الحليم، **الفتاوى الكبرى**، (قدم له، وعرف به حسنين محمد مخلوف)، دار المعرفة، بيروت.

- الجارم، محمد صالح بن عبد الفتاح بن ابراهيم الحنفي، **المجاني الزهرية على الفواكه البدرية**، مطبعة النيل، مصر.

- ابن جزي، محمد بن أحمد الغرناطي (ت٧٤١هـ)، **القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية والتنبيه على مذهب الشافعية والحنفية والحنبلية**، (ط١). (تحقيق عبد الكريم الفضيلي)، المكتبة العصرية، بيروت، ١٤٢٠هـ ، ٢٠٠٠م.

- جميعي، عبد الباسط، (١٩٨٠). **مبادئ المرافعات في قانون المرافعات الجديد**، دار الفكر العربي.

- جميعي،عبد الباسط، (١٩٧٥). **نظرية الاختصاص في قانون المرافعات الجديد وتعديلاته**، دار الفكر العربي.

- حجازي، عبد الحي حجازي،(١٩٥٤). **النظرية العامة للالتزام – أحكام الالتزام**، مطبعة الفجالة الجديدة.

- ابن حجر العسقلاني، أبو الفضل أحمد بن علي(٨٥٢هـ)، **تهذيب التهذيب**، (ط١). (حققه، وعلق عليه مصطفى عبد القادر عطا)، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤١٥هـ – ١٩٩٤ م .

- ابن حجر العسقلاني، أبو الفضل أحمد بن علي، (ت ٨٥٢ هـ)، **الإصابة في تمييز الصحابة**، (ط١). (تحقيق وضبط علي محمد البجاوي)، دار الجيل،بيروت، ١٤١٢هـ – ١٩٩٢ م .

- ابن حجر العسقلاني، شهاب الدين أحمد بن علي (ت٨٥٢ هـ)، **تقريب التهذيب**، (ط١). (تقديم ومقابلة محمد عوامة)، دار الرشيد، سوريا، ١٤٠٦ هـ، ١٩٨٦ م .

- ابن حجر الهيتمي، شهاب الدين أبي العباس أحمد بن محمد بن علي (ت ٩٧٤ هـ)، **تحفة المنهاج بشرح المنهاج**، وهو شرح على كتاب منهاج الطالبين في فقه الإمام الشافعي للإمام أبي زكريا يحيى بن شرف النووي، (ط١). (ضبطه، وصححه، وخرّج آياته، وأحاديثه عبد الله محمود محمد عمر)، دار الكتب العلمية – بيروت، ١٤٢١ هـ –

٢٠٠١ م .
- حسني، عبد المنعم، (١٩٨٤)، **الموجز في النظرية العامة للالتزام**، مركز حسني للدراسات القانونية.
- الحصكفي : محمد بن علي بن محمد الحصني المعروف (ت ١٠٨٨ هـ)، **الدر المنتقى في شرح الملتقى على هامش مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر**، لعبد الله الرحمن بن الشيخ محمد بن سليمان المعروف بدامادأفندي، (ط١). (خرّج آياته، وأحاديثه خليل عمران المنصور)، دار الكتب العلمية – بيروت، ١٤١٩ هـ –١٩٩٨ م .
- الحطاب، أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي (ت ٩٥٤ هـ)، **مواهب الجليل لشرح مختصر خليل** ، (طبعة خاصة). (ضبطه، وخرّج آياته، وأحاديثه الشيخ زكريا عميرات)، دار عالم الكتب – الرياض، ١٤٢٣ هـ – ٢٠٠٣ م .
- ابن حنبل، الإمام أحمد (ت ٢٤١ هـ)، **مسند الإمام أحمد**، طبعة خاصة (حققه، وخرّج أحاديثه، وعلق عليه شعيب الأرنؤوط وعادل مرشد)، مؤسسة الرسالة، ١٤٢٠هـ – ١٩٩٩ م .
- حيدر، علي، **درر الحكام شرح مجلة الأحكام**، (طبعة خاصة). (تعريب المحامي فهمي الحسيني)، دار عالم الكتب ، الرياض ، ١٤٢٣ هـ – ٢٠٠٣ م .
- حيدر،علي، (١٩٣٢). **أصول استماع الدعوى الحقوقية**، مجموعة مقالات نشرت في الجريدة الرسمية، مطبعة الترقي، دمشق.
- الخرشي، محمد بن عبد الله بن علي المالكي (ت ١١٠١ هـ)، **حاشية الخرشي على مختصر سيدي خليل**، (ط١). (ضبطه، وخرّج آياته، وأحاديثه زكريا عميرات) – دار الكتب العلمية – بيروت، ١٤١٧ هـ – ١٩٩٧ م .
- الخطيب البغدادي، الحافظ أبو بكر أحمد بن علي (ت ٤٦٣ هـ)، **تاريخ بغداد**، دار الكتب العلمية، بيروت .
- الخطيب الشربيني، محمد، **الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع**، دار الفكر، بيروت، ١٤١٥ هـ – ١٩٩٥ م .
- ابن خلكان، أبو العباس شمس الدين بن أحمد بن محمد بن أبي بكر (ت ٦٨١ هـ)، **وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان**، (تحقيق د. إحسان عباس)، دار الثقافة – بيروت .
- خوري، فارس، (١٩٨٧). **أصول المحاكمات الحقوقية**، الدار العربية، عمان، ط٢.
- أبو الخير، محمد كمال، (١٩٦٣). **قانون المرافعات معلقا على نصوصه بآراء الفقهاء**

وأحكام القضاء، ط٥.

- الدارقطني، علي بن محمد، **سنن الدارقطني**، (تصحيح، وتنسيق، وترقيم، وتحقيق عبدالله هاشم يماني المدني)، دار المحاسن للطباعة، ١٣٨٦ هـ - ١٩٦٦ م .

- الدارمي، عبد الله بن عبد الرحمن السمرقندي (ت ٢٥٥ هـ)، **سنن الدارمي**، (ط١)، (تحقيق، وتخريج فواز أحمد زمرلي وخالد السبع العلمي)، دار الكتاب العربي، ١٤٠٧هـ - ١٩٨٧ م .

- أبو داود، سليمان بن الأشعث السجستاني الأزدي (ت ٢٧٥ هـ)، **سنن أبي داود**، دار الفكر.

- أبو داود، سليمان بن الأشعث السجستاني، (ت ٢٧٥ هـ)، **المراسيل**، (ط١). (حققه، وعلق علي، وخرّج أحاديثه شعيب الأرناؤوط)، مؤسسة الرسالة، بيروت، ١٤٠٨ هـ - ١٩٨٨م.

- الدسوقي، محمد بن أحمد بن عرفة المالكي (ت ١٢٣٠ هـ)، **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير على الشرح الكبير، لأبي البركات أحمد بن محمد العدوي الشهير بالدردير**، (ط١). دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤١٧ هـ - ١٩٩٦ م .

- الدغمي، محمد راكان ضيف الله، (١٩٩١). **دعوى التناقض والدفع في الشريعة الإسلامية**، (ط١). دار عمار، عمان، دار الجيل، بيروت.

- ذياب، زياد صبحي، (١٩٩٤). **الدفوع الشكلية في الفقه الإسلامي والقانون**، المكتبة الوطنية.

- الرازي، محمد بن أبي بكر بن عبد القادر، **مختار الصحاح**، (ط١)، العربية، ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م .

- راغب، وجدي، (١٩٩٧). **الموجز في مبادئ القضاء المدني (قانون المرافعات)**، **(ط١)**. دار الفكر العربي.

- الرافعي، أحمد بن محمد بن علي المقري الفيومي، **المصباح المنير في غريب الشرح الكبير** ، **(ط٤)**. المطبعة الأميرية بالقاهرة، ١٩٢١ م.

- أبو الرب، فاروق يونس (أبو حسان)،(٢٠٠٢). **المدخل في شرح قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني**، ط١، رام الله .

- ابن رجب، زين الدين عبد الرحمن بن أحمد الحنبلي (ت ٧٩٥ هـ)، **تقريرات القواعد، وتحرير الفوائد**، (ط٢) (ضبط نصه، وعلق عليه، ووثق نصوصه، وخرّج آياته، وأحاديثه

أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان) ، دار ابن عفان – القاهرة، ١٤١٩ هـ – ١٩٩٩م.

– رستم، سليم رستم باز، **شرح مجلة الأحكام العدلية**، (ط٣). المطبعة الأدبية – بيروت، ١٩٢٣ م .

– الروياني، أبو بكر محمد بن هارون (ت ٣٥٧ هـ)، **مسند الروياني وبذيله المستدرك من النصوص الساقطة**، (ط١). (ضبطه، وعلق عليه أيمن علي أبو يماني)، مؤسسة قرطبة، ١٤١٦ هـ – ١٩٩٥ م .

– الزبيدي، محمد مرتضى، **تاج العروس**، الناشر دار ليبيا للنشر والتوزيع – بنغازي .

– الزحيلي، محمد،(١٩٩٤). **وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية في المعاملات المدنية والأحوال الشخصية**، (ط٢). مكتبة المؤيد ومكتبة دار البيان.

– الزركلي، خير الدين، (١٩٩٠). **الأعلام قاموس تراجم لأشهر الرجال والنساء من العرب والمستعربين والمستشرقين**، (ط٩). دار العلم للملايين، بيروت .

– الزعبي، عوض أحمد، (٢٠٠٣). **أصول المحاكمات المدنية**، (ط١). دار وائل للنشر، عمان.

– الزغول، باسم محمد حسين، (١٩٩٩). **حق الخصم في الدفع وفق أصول المحاكمات المدنية الأردني**، رسالة ماجستير غير منشورة، الجامعة الأردنية، عمان الأردن.

– الزمخشري، أبو القاسم محمود بن عمر، **أساس البلاغة**، (ط١). (تحقيق مزيد نعيم وشوقي المقري)، مكتبة لبنان، ١٩٩٨ م.

– الزيلعي، الإمام عثمان بن علي الحنفي (ت ٧٤٢ هـ)، **تبيين الحقائق، شرح كنز الدقائق، لأبي البركات عبد الله بن أحمد النسفي**، (ط١). (تحقيق أحمد عزو عناية)، دار الكتب العلمية – بيروت – ١٤٢٠ هـ – ٢٠٠٠ م .

– السرخسي، أبو بكر محمد بن أحمد بن أبي سهل الحنفي (ت ٤٩٠ هـ)، **المبسوط**، (ط١). (تحقيق أبي عبد الله محمد حسن محمد حسن إسماعيل الشافعي، وقدم له كمال عبد العظيم العناني)، دار الكتب العلمية – بيروت ، ١٤٢١ هـ – ٢٠٠١ م .

– سعد، إبراهيم نجيب، (١٩٧٤). **القانون القضائي الخاص**، منشأة المعارف، الاسكندرية.

– أبو سعد، محمد شتا، (١٩٩٩). **الموجز العلمي في الدفع بعدم القبول**، الفكر الجامعي.

– ابن سعد، محمد، **الطبقات الكبرى**، دار صادر – بيروت.

- ابن سلمون، أبو محمد عبد الله بن عبد الله الكناني، **العقد المنظم للحكام فيما يجري بين أيديهم من العقود والأحكام، وهو مطبوع على هامش كتاب تبصرة الحكام لابن فرحون،** المطبعة العامرة الشرفية، مصر، دار الكتب العلمية، بيروت.

- السمناني، أبو القاسم علي بن محمد بن أحمد الرحبي (ت ٤٩٩ هـ)، **روضة القضاة وطريق النجاة،** (ط٢). (حققها وقدم لها وترجم لمصنفها صلاح الدين الناهي)، مؤسسة الرسالة – بيروت، دار الفرقان – عمان، ١٤٠٤ هـ – ١٩٨٤ م .

- السنهوري، عبد الرزاق أحمد، (١٩٦٦). **الوجيز في شرح القانون المدني – نظرية الالتزام بوجه عام،** دار النهضة.

- السيوطي، جلال الدين عبد الرحمن (ت ٩١١ هـ)، **الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية،** (ط١). دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٨٣ م – ١٤٠٣ هـ .

- ابن شبة النميري، أبو زيد عمر البصري (ت ٢٦٢ هـ)، **تاريخ المدينة المنورة (أخبار المدينة النبوية)،** (ط١). (علق عليه، وخرّج أحاديثه علي محمد دندل وياسين سعد الدين بيان)، دار الكتب العلمية، بيروت ، ١٤١٧ هـ – ١٩٩٦ م .

- ابن الشحنة، أبي الوليد إبراهيم بن أبي اليمن محمد بن أبي الفضل محمد بن أبي الوليد الحنفي (ت ٨٨٢ هـ)، **كتاب لسان الحكام في معرفة الأحكام،** مطبعة جريدة البرهان ١٨٨١ م .

- الشربيني الخطيب، محمد ، **مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج على متن المنهاج لأبي زكريا يحيى بن شرف النووي،** مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر، ١٣٧٧ هـ–١٩٩٧ م .

- شرقاوي، جميعي، عبد المنعم ، عبد الباسط، **شرح قانون المرافعات الجديد،** دار الفكر العربي .

- الشلبي، الإمام الشلبي، **حاشية الشلبي على تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق** والتبيين للزيلعي، وكنز الدقائق لأبي البركات النسفي، (ط١). (تحقيق أحمد عزو عناية)، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤٢٠ هـ – ٢٠٠٠ م.

- شيخي زاده، عبد الرحمن بن محمد بن سليمان الكليبوي الحنفي ويعرف بداماد أفندي (ت ١٠٧٨ هـ)، **مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر،** (ط١). (خرّج آياته، وأحاديثه خليل عمران المنصور)، دار الكتب العلمية – بيروت، ١٤١٩ هـ – ١٩٩٨ م .

- الشيرازي، إبراهيم بن علي بن يوسف أبي إسحاق، **طبقات الفقهاء،** تحقيق خليل

الميس، دار القلم – بيروت.

- الشيرازي، أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروز أبادي (ت ٤٧٦ هـ)، **المهذب في فقه الإمام الشافعي**، (ط١). (ضبطه، وصححه، ووضع حواشيه الشيخ زكريا عميرات)، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤١٦ هـ – ١٩٩٥ م .

- الصاوي، أحمد السيد، (١٩٨١). **الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية**، دار النهضة العربية.

- الصاوي، أحمد الصاوي، (١٩٧١). **الشروط الموضوعية للدفع بحجية المحكوم فيه**، دار النهضة العربية.

- الصاوي، أحمد، **بلغة السالك لأقرب المسالك على الشرح الصغير للقطب سيدي أحمد الدردير**، (ط١). (ضبطه وصححه محمد عبد السلام شاهين)، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤١٥ هـ – ١٩٩٦ م .

- الصدر الشهيد، حسام الدين عمر بن عبد العزيز بن مازة البخاري ت ٥٣٦ هـ، **شرح أدب القاضي للخصاف** (ت ٢٦٠ هـ)، (تحقيق محيي هلال السرحان)، مطبعة الإرشاد بغداد ١٩٧٨ م .

- ابن الصلاح، تقي الدين أبو عمر عثمان بن عبد الرحمن الشهروزوري (ت٦٤٣ هـ)، **طبقات الفقهاء الشافعية**، (ط١). هذبه، ورتبه، واستدرك عليه الإمام محيى الدين أبي زكريا يحيى بن شرف النووي، بيّض أصوله، ونقحه الإمام أبي الحجاج يوسف بن عبد الرحمن المزي، (حققه محيي الدين علي نجيب)، دار البشائر الإسلامية، بيروت، ١٤١٣ هـ – ١٩٨٧ م .

- الطبراني، الحافظ أبي القاسم سليمان بن أحمد (ت ٣٦٠ هـ)، **المعجم الكبير**، (ط٢). (حققه، وخرّج أحاديثه حمدي عبد الحميد السلفي).

- الطبري، أبو جعفر محمد بن جرير، **جامع البيان عن تأويل آي القرآن**، (ط١). (هذبه، وقرّبه صلاح عبد الفتاح الخالدي، و خرّج أحاديثه إبراهيم محمد العلي)، دار القلم، دمشق، الشامية، بيروت، ١٤١٨ هـ، ١٩٩٧م.

- الطرابلسي، أبو الحسن علي بن خليل الحنفي، **معين الحكام فيما يترد بين الخصمين من الأحكام**، (ط٢)مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر، ١٣٩٣ هـ– ١٩٧٣ م.

- طلبة، أنور، (١٩٩٥). **موسوعة المرافعات المدنية والتجارية**، منشأة المعارف، الاسكندرية.

- الطيالسي، سليمان بن داود أبو داود الفارسي البصري (ت ٢٠٤ هـ)، **مسند الطيالسي**، دار المعرفة، بيروت.

- الظاهر، محمد، (١٩٩٧) **شرح قانون أصول المحاكمات المدنية**، (ط١). دائرة المكتبة الوطنية.

- ابن عابدين، محمد أمين بن عمر عابدين الدمشقي الحنفي (ت ١٢٥٢ هـ)، **حاشية قرة عيون الأخيار تكملة رد المحتار على الدر المختار**، (طبعة خاصة). (دراسة وتحقيق عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد معوّض) دار علم الكتب، ١٤٢٣هـ - ٢٠٠٣ م.

- ابن عابدين، محمد أمين عابدين بن عمر عابدين الدمشقي (ت ١٢٥٢ هـ)، **حاشية منحة الخالق على البحر الرائق لأبي البركات النسفي**، (ط١). (ضبطه، وخرّج آياته، وأحاديثه الشيخ زكريا عميرات)، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤١٨ هـ - ١٩٩٧م .

- عباس، عبد الهادي، (١٩٨٣). **الاختصاص القضائي وإشكالاته**، (ط١).دار الأنوار، دمشق.

- ابن عبد البر، أبوعمر يوسف بن النمري القرطبي، **الانتقاء في فضائل الثلاثة الأئمة الفقهاء، مالك والشافعي وأبي حنيفة** ، دار الكتب العلمية، بيروت.

- ابن عبد البر، أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد ، **الإستيعاب في معرفة الأصحاب**، (ط١). (تحقيق علي محمد البجاوي)، دار الجيل، بيروت، ١٤١٢ هـ - ١٩٩٢ م .

- عبد التواب، معوض، (٢٠٠٣). **الموسوعة النموذجية في الدفوع**، (ط٥). مكتبة عالم الفكر والقانون.

- عبد الجواد، فداء يحيى، (١٩٩٥). **النظرية العامة لمرور الزمان المانع من سماع الدعوى في القانون المدني الأردني**، رسالة ماجستير غير منشورة، الجامعة الأردنية، عمان، الأردن.

- العز بن عبدالسلام، عزالدين عبدالعزيز (ت٦٦٠)، **القواعد الكبرى الموسوم بقواعد الأحكام في إصلاح الأنام**، (ط١). (تحقيق نزيه كمال حماد وعثمان جمعة ضميرية)، دار القلم، دمشق، ١٤٢١هـ -٢٠٠٠م.

- عشماوي، محمد وعبد الوهاب، (١٩٥٨). **قواعد المرافعات في التشريع المصري والمقارن**، المطبعة النموذجية.

- عليش، محمد بن أحمد بن محمد (ت ١٢٩٩ هـ)، **تقريرات عليش، وهي على هامش**

حاشية الدسوقي، (ط١). (خرّج آياته، وأحاديثه محمد عبد الله شاهين)، دار الكتب العلمية ١٤١٧ هـ - ١٩٩٦ م .

- عمر، نبيل إسماعيل ، أحمد خليل، أحمد هندي، (١٩٩٨) **قانون المرافعات المدنية والتجارية**، دار المطبوعات الجامعية.

- عمر، نبيل إسماعيل، (١٩٨٦). **أصول المرافعات المدنية والتجارية**، (ط١). منشأة المعارف.

- عمر، نبيل إسماعيل، (١٩٨١). **الدفع بعدم القبول ونظامه القانوني في قانون المرافعات المدنية والتجارية**، (ط١). منشأة المعارف.

- أبو عوانة، يعقوب بن إسحاق الإسفرائيني (ت ٣١٦ هـ)، **مسند أبي عوانة**، (ط١). (تحقيق أيمن بن عارف الدمشقي)، دار المعرفة، بيروت، ١٤١٩ هـ - ١٩٩٨ م .

- عياض، ابن موسى بن عياض السبتي (ت ٥٤٤ هـ)، **ترتيب المدارك وتقريب المسالك لمعرفة أعلام مذهب مالك**، المطبعة الملكية، الرباط ١٣٨٨ هـ - ١٩٦٨ م .

- أبو عيد، إلياس، (٢٠٠٢). **أصول المحاكمات المدنية بين النص والاجتهاد والفقه**،(ط١). منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت.

- الغزالي، أبو حامد محمد بن محمد (ت٥٠٥ هـ)، **الوسيط في المذهب**، (ط١). (تحقيق أبي عمر الحسيني بن عمر بن عبد الرحيم)، دار الكتب العلمية، بيروت ، ١٤٢٢هـ-٢٠٠١

- ابن فارس، أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكريا، **معجم مقاييس اللغة**، تحقيق عبد السلام محمد هارون، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، ١٣٩٩ هـ - ١٩٧٩ م .

- الفراء، أبو يعلى محمد بن الحسن الحنبلي، **الأحكام السلطانية**،(صححه، وعلق عليه محمد حامد الفقي)، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر، ١٣٥٧ هـ .

- ابن فرحون، القاضي برهان الدين بن علي بن أبي القاسم بن محمد المالكي المدني (٧٩٩ هـ)، **تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومنهاج الأحكام**،(مراجعة، وتقديم محمد عبد الرحمن الشاغول)، المكتبة الأزهرية للتراث، ٢٠٠٥ م .

- ابن فرحون، برهان الدين إبراهيم بن علي بن محمد اليعمري المدني المالكي (ت٧٩٩)، **الديباج المذهب في معرفة أعيان المذهب وبهامشه كتاب نيل الابتهاج بتطريز الديباج**، أبو العباس أحمد بن محمد بن عمر بن محمد أقيت عرف ببابا التنبكستي، دار الكتب العلمية ، بيروت.

- الفيروزأبادي، أبوطاهر مجد الدين محمد بن يعقوب بن محمد بن إبراهيم بن عمر الشيرازي، **القاموس المحيط** ،(اعتنى به، ورتبه، وفصله حسان عبد المنان)، بيت الأفكار الدولية، ٢٠٠٤ م .

- ابن قاضي سماونة، محمود بن إسرائيل، **جامع الفصولين، وبهامشه الحواشي الرقيقة والتعاليق الأنيقة**، (ط١). (المحقق خير الدين الرملي)، المطبعة الكبرى الميرية – مصر، ١٢٠٠هـ .

- ابن قاضي شهبة، أبوبكر بن أحمد بن محمد بن عمر بن محمد تقي الدين الدمشقي، **طبقات الشافعية**، (ط١). (تصحيح الحافظ عبد العليم خان، رتب فهارسه عبد الله أنيس الطباع)، عالم الكتب، بيروت، ١٤٠٧ هـ – ١٩٨٧ م .

- ابن قدامة، أبو عبدالله عبد الله بن أحمد بن محمد المقدسي الجماعيلي الدمشقي الصالحي الحنبلي (ت ٦٢٠ هـ) ، **المغني**، (ط١). دار الفكر – بيروت، ١٤٠٥ هـ.

- قراعة، علي، (١٩٢٥). **الأصول القضائية في المرافعات الشرعية**، (ط٢). مطبعة النهضة، مصر.

- القرافي، أبو العباس أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن الصنهاجي المصري (ت ٦٨٤)، **الذخيرة في فروع المالكية**، (ط١). (تحقيق، وتعليق أبي إسحاق أحمد عبد الرحمن)، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤٢٢ هـ – ٢٠٠١ م .

- القرافي، شهاب الدين أبي العباس أحمد بن إدريس الصنهاجي (ت٦٨٤ هـ)، **كتاب الفروق أنوار البروق في أنواء الفروق**، (ط١). (دراسة، وتحقيق مركز الدراسات الفقهية والاقتصادية أ.د محمد أحمد سراج، أ.د علي جمعة محمد)، دار السلام – القاهرة، ١٤٢١ هـ – ٢٠٠١ م .

- القشطيني، سعدون ناجي، (١٩٧٩). **شرح أحكام المرافعات**، (ط٣). مطبعة المعارف.

- القضاة، مفلح عواد، (١٩٩٨) **أصول المحاكمات المدنية والتنظيم القضائي**، (ط٣). دار الثقافة.

- القليوبي، شهاب الدين أحمد بن أحمد بن سلامة، **حاشية القليوبي، وهي على كنز الراغبين للمحلي**، (ط١). (ضبطه، وصححه، وخرّج آياته عبد الله عبد الرحمن)، دار الكتب العلمية – بيروت، ١٤١٧ هـ – ١٩٩٧ م .

- القليوبي، سميحة، (١٩٨٤). **الشركات التجارية**، دار النهضة العربية، القاهرة.

- الكاساني، علاء الدين أبي بكر بن مسعود الحنفي (ت ٥٨٧ هـ)، **بدائع الصنائع في**

ترتيب الشرائع، (ط١). (تحقيق، وتعليق علي محمد معوّض، وعادل أحمد عبد الموجود)، دار الكتب العلمية – بيروت ، ١٤١٨ هـ – ١٩٩٧ م .

– ابن كثير، أبو الفدا إسماعيل الدمشقي (ت ٧٧٤ هـ)، **تفسير القرآن العظيم**، (ط١). (تحقيق مصطفى السيد محمد وآخرون)، مكتبة أولاد الشيخ للتراث، مصر، ١٤١٢ هـ – ٢٠٠٠ م .

– ابن كثير، أبو الفدا إسماعيل بن عمر القرشي (ت ٧٧٤ هـ)، **البداية والنهاية**، مكتبة المعارف، بيروت، ١٤٠٨ هـ – ١٩٨٨ م .

– اللكنوي، محمد عبد الحي الهندي،(١٣٠٤هـ)، **الفوائد البهية في تراجم الحنفية وعليه تعليقات السنية على الفوائد البهية يليه طرب الأماثل بتراجم الأفاضل**، (ط١). اعتنى به أحمد الزعبي، دار الأرقم بن أبي الأرقم – بيروت، ١٤١٨ هـ – ١٩٩٨م.

– ابن ماجة، أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني (ت ٢٧٥ هـ)، **سنن ابن ماجة**، دار الفكر، (تحقيق، وتعليق محمد فؤاد عبد الباقي).

– الماوردي، أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري البغدادي (ت ٤٥٠ هـ)، **الأحكام السلطانية والولايات الدينية**، (ط٣). ١٢٩٢ هـ – ١٩٧٣ م .

– الماوردي، أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري الشافعي (ت ٤٥٠ هـ)، **أدب القاضي**، (تحقيق محيي هلال السرحان)، مطبعة الإرشاد، بغداد، ١٣٩١ هـ – ١٩٧١م.

– الماوردي، أبوالحسن علي بن محمد بن حبيب البصري، **الحاوي الكبير فقه مذهب الإمام الشافعي وهو شرح مختصر المزني** ، (ط١). (تحقيق وتعليق الشيخ علي محمد معوض والشيخ عادل أحمد عبد الموجود، قدم له محمد بكر إسماعيل وعبد الفتاح أبو سنة)، دار الكتب العلمية – بيروت،١٤١٤ هـ – ١٩٩٤ م .

– المحلي، جلال الدين محمد بن أحمد، **كنز الراغبين شرح منهاج الطالبين للإمام النووي في فقه الشافعية**، (ط١). (ضبطه، وصححه، وخرّج آياته عبد اللطيف عبد الرحمن)، دار الكتب العلمية – بيروت، ١٤١٧ هـ – ١٩٩٧ م .

– مخلوف، محمد بن محمد بن عمر بن قاسم (ت ١٣٦٠ هـ)، **شجرة النور الزكية في طبقات المالكية**، (ط١)، (خرج حواشيه، وعلق عليه عبد المجيد خيالي)، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٣ م.

– المرداوي، أبو الحسن علي بن سليمان بن أحمد السعدي الحنبلي (ت ٨٨٥ هـ)، **الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل**، (ط١).

(تحقيق أبي عبد الله محمد حسن محمد حسن الشافعي)، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤١٨ هـ – ١٩٩٧ م .

- المزي، جمال الدين أبو حجاج (ت ٧٤٢ هـ)، **تهذيب الكمال في أسماء الرجال**، (ط١). (تحقيق د. بشار عواد معرف)، مؤسسة الرسالة، بيروت، ١٤١٣ هـ – ١٩٩٢م.

- مسلم، أحمد، (١٩٨٧). **أصول المرافعات – التنظيم القضائي**، دار الفكر العربي.

- مُسلم، الإمام أبي الحسن بن الحجاج القشيري النيسابوري (ت ٢٦١ هـ)، **صحيح مسلم**، (ط١). (تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي)، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ١٣٧٥ هـ – ١٩٥٥ م .

- ابن مفلح المقدسي، محمد، (ت ٧٦٣ هـ)، **كتاب الفروع**، (ط١). (تحقيق د.عبد الله بن عبدالمحسن التركي)، مؤسسة الرسالة، ١٤٢٤ هـ – ٢٠٠٣ م .

- مليجي، أحمد، **اختصاص المحاكم الدولي وفقا لنصوص قانون المرافعات**، معلقاً عليه بآراء الفقه وأحكام القضاء، دار النهضة العربية.

- مليجي، أحمد، (٢٠٠٢). **التعليق على قانون المرافعات، معلقاً عليه بآراء الفقه والصيغ القانونية وأحكام النقض**، (ط٣). دار العدالة والمركز القومي.

- مليجي، **أحمد، تحديد نطاق الولاية القضائية والاختصاص القضائي**، دراسة مقارنة في القانونين المصري والفرنسي والشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية، القاهرة .

- المنشاوي، عبد الحميد، (١٩٩٣). **التعليق على قانون المرافعات**، دار الفكر الجامعي.

- ابن المواق، أبو عبد الله محمد بن يوسف (ت ٨٩٧ هـ)، **التاج والإكليل لمختصر خليل، وهو مطبوع مع مواهب الخليل**، (طبعة خاصة)، (ضبطه، وخرّج آياته، وأحاديثه الشيخ زكريا عميرات، دار عالم الكتب – الرياض، ١٤٢٣ هـ – ٢٠٠٣ م .

- ابن النجار، تقي الدين محمد بن أحمد الفتوحي الحنبلي المصري (ت ٩٧٢ هـ)، **منتهى الإرادات في جمع المقنع مع التنقيح وزيادات**، مكتبة دار العروبة – القاهرة .

- ابن نجيم، زين الدين بن ابراهيم بن محمد (ت٩٧٠هـ)، **البحر الرائق شرح كنز الدقائق في فروع الحنفية ، لأبي البركات عبد الله بن أحمد بن محمود المعروف بحافظ الدين النسفي**، (ط١). (ضبطه، وخرّج، آياته، وأحاديثه الشيخ زكريا عميرات)، دار الكتب العلمية – بيروت، ١٤١٨هـ–١٩٩٧ م .

- النسائي، أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب، **السنن الكبرى**، (ط١). (تحقيق د.عبد القادر سليمان البنداري وسيد كسروي حسن)، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤١١ هـ –

١٩٩١م.

- نشأت، أحمد، (١٩٧٢). **رسالة الإثبات**، دار الفكر العربي، القاهرة.

- نظام، الشيخ نظام، **الفتاوي في مذهب أبي حنيفة**، (ط٤). دار إحياء التراث العربي- بيروت، ١٤٠٥ هـ - ١٩٨٦ م .

- النفراوي، أحمد بن غنيم بن سالم بن مهنا الأزهري المالكي (ت ١١٢٦ هـ)، **الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني**، (ط١). (ضبطه وصححه، وخرّج، آياته الشيخ عبد الوارث محمد علي)، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٤١٨ هـ،١٩٩٧م.

- النمر، أمينة، (١٩٧٩). **تقدير قيمة الدعوى**، منشأة المعارف.

- النمر، أمينة، (١٩٩٢). **قانون المرافعات**، مطبعة الإشعاع الفنية.

- النمر، أمينة، (١٩٦٧). **مناط الاختصاص والحكم في الدعاوى المستعجلة**، منشأة المعارف.

- النووي، أبو زكريا يحيى بن شرف النووي الدمشقي (ت ٦٧٦ هـ)، **روضة الطالبين**،(طبعة خاصة). (تحقيق عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد معوّض)، دار عالم الكتب، الرياض، ١٤٢٣ هـ - ٢٠٠٣ م .

-النووي، أبو يحيى زكريا الأنصاري الشافعي (ت ٦٧٦هـ)، **أسنى المطالب شرح روض الطالب**، (ضبط نصه وخرّج أحاديثه وعلق عليه محمد محمد تامر)، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤٢٢ هـ -٢٠٠١ م .

- هندي، أحمد، (١٩٩٥)، **قانون المرافعات المدنية والتجارية**، النظام القضائي والاختصاص والدعوى، دار الجامعة الجديدة للنشر.

- الهيثمي، نور الدين علي بن أبي بكر (ت٨٠٧هـ)، **مجمع الزوائد ومنبع الفوائد**، بتحرير **الحافظين الجليلين : العراقي وابن حجر**، دار الريان للتراث، القاهرة، دار الكتاب العربي - بيروت، ١٤٠٧هـ - ١٩٨٧ م .

- أبوهيف، عبد الحميد، (١٩٢١)، **المرافعات المدنية والتجارية والنظام القضائي في مصر**، (ط٢). مطبعة الاعتماد، مصر.

- والي، فتحي، (١٩٧٥). **قانون القضاء المدني**، (ط٢). دار النهضة العربية.

- والي، فتحي، (١٩٧٣). **قانون القضاء المدني**، (ط١)، دار النهضة العربية.

- أبوالوفا، أحمد، (١٩٨٣). **أصول المحاكمات المدنية**، الدار الجامعية .

- أبوالوفا، أحمد، (١٩٨٨). **نظرية الدفوع في قانون المرافعات**، (ط٨).منشأة المعارف.

- أبو الوفا، أحمد، (١٩٩١). **نظرية الدفوع في قانون المرافعات**، (ط٩). منشاة المعارف.

- وكيع، محمد بن خلف بن حيان (ت ٣٠٦ هـ)، **أخبار القضاة**، عالم الكتب.

- ياسين، محمد نعيم، (٢٠٠٠). **نظرية الدعوى بين الشريعة الإسلامية وقانون المرافعات المدنية والتجارية**، (ط٢). دار النفائس.

- ابن يونس الحنبلي، مرعي ، **غاية المنتهى في الجمع بين الإقناع والمنتهى**، (ط١). (علق عليه محمد زهير الشاويش)، مؤسسة دار السلام للطباعة والنشر، ١٩٨٦ م .

FORMAL PLEAS BETWEEN ISLAMIC JURIDICAL LAW AND CIVIL PROCEDURE LAW

By
Raed Ali Al-Kordi

Supervisor
Dr. Abdel Majeed Al Salaheen, Prof,

Abstract

The thesis addresses the issue of model pleas in sharia and in the law of civil procedure therefore it was necessary to demonstrate what is meant by plea both in language and in Jurisprudence, and this is what the study has addressed in the first chapter. The second chapter dealt with the kinds of pleas and its Islamic decrees in Islamic Jurisprudence and the law of civil procedure, it turned out that plea has two kinds in Islamic .1tlrislarudence which are: plea to dispute and objective plea. Plea in the law the has three kinds: objective plea, plea to approval and modal plea, the latter one didn't occur in Islamic Jurisprudence in the name, so it was necessary to demonstrate its kinds and decrees and then compare that with what was mentioned of Islamic decrees and elaborations by Jurists o the field of law, and the most important kinds of pleas agreed upon by Jurists were considered model pleas which are: plea to Jurisdiction, plea to remit, plea to nullity. As for plea to jurisdiction the study addressed this issue in the third chapter and after examining what distributions of this kind of plea are available in Islamic Jurisprudence is not less than what is available in the law.

As for Plea to remit tile Study addressed this issue in the forth chapter, and it turned out that there had been some scripts of jurists which demonstrate approval upon the existence of this kind of modal pleas, as for plea to nullity, which is referred to by law as plea to nullity of initiatory pleading and writ of habeas corpus, scripts of jurists demonstrate clearly upon the existence of such plea in Islamic jurisprudence.